

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**



**TESIS DOCTORAL**

**El régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Abel Martín Villarejo**

DIRECTOR

**Carlos Rogel Vide**

**Madrid, 2017**



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Departamento de Derecho Civil

**TESIS DOCTORAL**

# **EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES**

Tesis Doctoral presentada por **Abel Martín Villarejo**  
para optar al grado de Doctor en Derecho Civil.

Director de la Tesis Doctoral

**Dr. Carlos Rogel Vide**

MADRID 2015



# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b> .....	15
<b>RESUMEN</b> .....	17
<b>ABSTRACT</b> .....	20
 <b>CAPÍTULO I</b>	
<b>OBJETO Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	23
1.- Introducción.....	23
2.- Objeto y objetivos de estudio: planteamiento general.....	24
3.- Interés científico del tema, contextualización y estado de la cuestión.....	29
4.- Metodología de la investigación.....	38
5.- Estructura formal del estudio.....	40
 <b>CAPÍTULO II</b>	
<b>DELIMITACIONES CONCEPTUALES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN TORNO A LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES</b> .....	44
1.- Consideraciones generales.....	44
2.- Delimitaciones previas: aspectos terminológicos.....	45
2.1.- Propiedad intelectual vs. Derecho de autor.....	45
2.2.- Derecho de autor vs. “otros derechos de propiedad intelectual”.....	47
2.2.1.- Aspectos terminológicos.....	47
2.2.2.- Relaciones entre los derechos del autor y los derechos del artista: la ausencia de jerarquías.....	51
2.2.3.- Diferentes objetos de protección: la obra y la interpretación.....	53
3.- Marco legislativo nacional e internacional: antecedentes y aspectos generales....	55
3.1.- Marco normativo general de las interpretaciones audiovisuales en el Derecho internacional y comunitario.....	55
3.2.- Marco normativo nacional sobre las interpretaciones audiovisuales.....	58
3.2.1.- Antecedentes y evolución.....	58
3.2.2.- Marco normativo vigente.....	62
4.- Delimitaciones conceptuales del ámbito subjetivo.....	64
4.1.- El “artista intérprete o ejecutante”.....	64
4.1.1.- Antecedentes del término y de la fórmula compuesta.....	64



4.1.2.- Alcance de la denominación “artista intérprete o ejecutante” en el ámbito internacional.....	68
4.1.3.- Delimitación conceptual de “artista intérprete o ejecutante” en la legislación española.....	73
4.1.4.- La dicotomía “intérprete” o “ejecutante”.....	77
4.2.- El artista.....	79
4.3.- El actor.....	89
<b>5.- Delimitaciones conceptuales del ámbito objetivo.....</b>	<b>94</b>
5.1.- La grabación audiovisual.....	94
5.2.- La obra audiovisual.....	97
5.3.- La obra cinematográfica.....	99
<b>6.- La fijación y la interpretación audiovisual.....</b>	<b>104</b>
6.1.- Planteamiento de la cuestión, delimitaciones y justificaciones terminológicas.....	104
6.2.- La “fijación audiovisual” y la “interpretación audiovisual incidental”.....	106
6.3.- La “interpretación audiovisual”.....	112
<b>7.- La interpretación audiovisual como objeto específico de protección y sus clases.....</b>	<b>116</b>
7.1.- La interpretación audiovisual como objeto específico de protección por la propiedad intelectual.....	116
7.2.- Clases de interpretaciones audiovisuales.....	118
7.2.1.- Tipología de interpretaciones audiovisuales en general: delimitaciones.....	118
7.2.2.- Las interpretaciones audiovisuales de “imagen”.....	119
7.2.3.- Las interpretaciones audiovisuales de “voz”.....	120
7.2.4.- El <i>sketch</i> .....	121
7.3.- Especial referencia a las interpretaciones actorales integradas en obras publicitarias.....	122
<b>8.- La fundamentación jurídica sobre la protección de las interpretaciones audiovisuales.....</b>	<b>126</b>
8.1.- Planteamiento general: premisas jurídicas fundamentales.....	126
8.1.1.- Introducción.....	126
8.1.2.- Las premisas jurídicas fundamentales.....	129
8.2.- Los requisitos para la protección de las interpretaciones audiovisuales.....	131
8.2.1.- Planteamiento del problema: los clichés terminológicos en la materia.....	131
8.2.2.- El requisito de “originalidad” en la interpretación audiovisual.....	133
8.2.3.- Las diferentes formas de “interpretación” como elemento clarificador para la protección de las interpretaciones audiovisuales.....	147
8.3.- Un referente del ensanchamiento del concepto de obra: el “formato de programa televisivo”.....	151
8.4.- La obra audiovisual como paradigma de obra en colaboración.....	155

8.5.- La pantomima como argumento <i>a fortiori</i> para la protección de la interpretación audiovisual.....	161
8.5.1.- Gesto y movimiento: mimo y pantomima.....	161
8.5.2.- La pantomima a la luz de la propiedad intelectual.....	165
8.6.- Los fundamentos para la protección jurídica de las interpretaciones audiovisuales en la jurisprudencia comparada.....	169
<b>9.- Conclusiones parciales .....</b>	<b>172</b>

### **CAPÍTULO III**

#### **LA DIMENSIÓN CREATIVA, ARTÍSTICA, ECONÓMICA Y SOCIAL DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES.....**

<b>1.- Planteamiento general.....</b>	<b>177</b>
<b>2.- Premisas fácticas y científicas fundamentales.....</b>	<b>179</b>
2.1.- Creatividad y propiedad intelectual.....	179
2.1.1.- Introducción.....	179
2.1.2.- La creatividad.....	181
2.1.3.- El ser humano creativo: el <i>Homo Sapiens</i> .....	184
2.1.4.- El proceso creativo.....	190
2.1.5.- La creación artística en general.....	195
<b>3.- El actor y el personaje.....</b>	<b>199</b>
3.1.- El actor.....	199
3.1.1.- Aspectos generales: concepto y evolución .....	199
3.1.2.- El trabajo del actor.....	222
3.1.2.1.- Aspectos generales y fases.....	222
3.1.2.1.1.- Fase de formación y preparación del actor.....	223
3.1.2.1.2.- Fase de construcción del personaje.....	225
3.1.2.1.3.- Fase de actuación e interpretación.....	226
3.1.2.2.- Los principales recursos expresivos del actor.....	232
3.1.2.3.- El cuerpo y la mente del actor.....	237
3.1.2.3.1.- El cuerpo y la expresión corporal del actor.....	237
3.1.2.3.2.- La mente y la psicología del actor.....	242
3.1.2.4.- Actuación e interpretación ante y para la cámara.....	243
3.1.2.4.1.- La actuación actoral ante los diferentes medios..	243
3.1.2.4.2.- La especialidad de la actuación en el cine.....	246
3.1.2.4.3.- Las peculiaridades de la actuación actoral en la ficción televisiva.....	249
3.1.3.- El trabajo creativo del actor.....	250

3.1.3.1.- Planteamiento de la cuestión: aspectos generales.....	252
3.1.3.2.- Las bases aristotélicas de la cuestión: la teoría de la “potencia y el acto”.....	254
3.1.3.3.- La dimensión creativa del actor según la dramaturgia y la dirección escénica.....	259
3.2.- El personaje.....	266
3.2.1.- Concepto y configuración técnica.....	266
3.2.2.- El guión y el personaje.....	270
3.2.3.- Del personaje literario al personaje audiovisual.....	273
3.3.- El personaje audiovisual.....	278
<b>4.- La dimensión económica y social de las interpretaciones audiovisuales.....</b>	<b>283</b>
4.1.- Introducción, justificación y parámetros metodológicos.....	283
4.2.- Dimensión económica de las interpretaciones audiovisuales.....	286
4.2.1.- El peso económico de las interpretaciones actorales en la obra audiovisual.....	286
4.2.1.1.- En la obra cinematográfica.....	286
4.2.1.2.- En la obra audiovisual de ficción televisiva.....	291
4.2.2.- El peso de las obras cinematográficas y de ficción televisiva en el mercado.....	297
4.2.2.1.- El mercado televisivo: un modelo de negocio basado en la ficción.....	298
4.2.2.2.- El mercado de la exhibición cinematográfica: 100% ficción.	310
4.2.2.3.- El mercado digital: la revolución del “video a demanda”.....	311
4.2.3.- El peso de la industria televisiva y audiovisual la economía nacional.....	314
4.2.- La dimensión sociológica de las interpretaciones audiovisuales.....	316
<b>5.- Conclusiones y premisas fundamentales.....</b>	<b>321</b>

## **CAPÍTULO IV**

<b>LOS DERECHOS PATRIMONIALES SOBRE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES.....</b>	<b>325</b>
<b>1.- Aproximación a los derechos de contenido patrimonial: esquema general.....</b>	<b>325</b>
<b>2.- Derechos exclusivos vs. Derechos de remuneración.....</b>	<b>330</b>
<b>3.- El derecho de fijación.....</b>	<b>335</b>
<b>4.- El derecho de reproducción.....</b>	<b>342</b>
4.1.- Contenido y estructura general del derecho.....	342
4.2.- Configuración del derecho respecto de las interpretaciones audiovisuales.....	344
<b>5.- El derecho de distribución.....</b>	<b>347</b>

5.1.-	Contenido y estructura general del derecho.....	347
5.2.-	Configuración del derecho respecto de las interpretaciones audiovisuales.....	350
5.3.-	La distribución mediante venta.....	351
5.4.-	La distribución mediante alquiler.....	353
5.5.-	La distribución mediante préstamo.....	354
<b>6.-</b>	<b>El derecho de comunicación pública.....</b>	<b>356</b>
6.1.-	Contenido y estructura general del derecho.....	356
6.2.-	La transmisión presuntiva y convencional de las facultades exclusivas.....	359
6.3.-	El derecho de remuneración por los actos de comunicación pública.....	365
6.3.1.-	La irrenunciabilidad e intransmisibilidad del derecho de remuneración.....	366
6.3.2.-	El ejercicio colectivo de manera obligatoria por una entidad de gestión.....	369
6.3.3.-	El obligado al pago del derecho de remuneración.....	371
6.4.-	Las diferentes formas de comunicación pública: singularidades en torno a las interpretaciones audiovisuales.....	372
6.5.-	El derecho de puesta a disposición del público: especialidades de este derecho.....	380
<b>7.-</b>	<b>La remuneración compensatoria por copia privada.....</b>	<b>382</b>
7.1.-	Antecedentes y situación de la copia privada en España en relación con el Derecho y Jurisprudencia comunitarios.....	382
7.1.1.-	Antecedentes.....	383
7.1.2.-	Derecho y Jurisprudencia comunitarios: la copia privada como concepto autónomo de Derecho comunitario.....	387
7.1.3.-	Situación actual de la copia privada en España.....	392
7.2.-	La remuneración por copia privada de los artistas intérpretes.....	393
7.2.1.-	Origen y fundamento.....	393
7.2.2.-	Regulación sustantiva aplicable a los artistas.....	395
7.3.-	El límite por copia privada aplicable a las interpretaciones audiovisuales.....	398
<b>8.-</b>	<b>Recapitulación: marco regulatorio de los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones audiovisuales previsto en el TRLPI.....</b>	<b>400</b>
<b>9.-</b>	<b>Conclusiones.....</b>	<b>404</b>

## **CAPÍTULO V**

<b>DURACIÓN Y LÍMITES DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES SOBRE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES.....</b>	<b>407</b>
<b>1.- Introducción .....</b>	<b>407</b>
<b>2.- Duración de los derechos patrimoniales.....</b>	<b>410</b>

2.1.- Consideraciones generales en torno a la duración de los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones audiovisuales.....	410
2.2.- El plazo de protección de los derechos patrimoniales y régimen de cómputo..	413
2.2.1.- Antecedentes y marco normativo.....	413
2.2.2.- El plazo de protección.....	417
2.2.3.- Derechos patrimoniales concernidos por el plazo de protección del art. 112 TRLPI.....	418
2.2.4.- Régimen de cómputo de plazos: el <i>dies a quo</i> .....	419
2.3.- Críticas al sistema vigente.....	421
2.4.- Conclusiones: de <i>lege ferenda</i> .....	422
<b>3.- Plazos de prescripción de las acciones para que el titular reclame los derechos recaudados por la entidad de gestión colectiva.....</b>	<b>423</b>
3.1.- Antecedentes.....	423
3.2.- El régimen legal impuesto por la Ley 21/2014.....	425
3.3.- El destino de las cantidades prescritas.....	427
3.4.- Conclusiones críticas sobre el vigente régimen de prescripción de las acciones de reclamación.....	430
<b>4.- Límites sustantivos a los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones audiovisuales.....</b>	<b>431</b>
4.1.- Naturaleza y configuración de los límites a los derechos patrimoniales.....	431
4.2.- La regla de los tres pasos.....	432
4.3.- Límites sustantivos concretos y sus efectos sobre los derechos patrimoniales de los artistas del ámbito audiovisual.....	436
4.4.- Conclusiones parciales.....	452
<b>5.- Conclusiones generales sobre la duración y límites de los derechos patrimoniales.....</b>	<b>453</b>

## **CAPÍTULO VI**

### **LOS DERECHOS MORALES SOBRE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES.....**

<b>1.- Consideraciones generales.....</b>	<b>455</b>
<b>2.- Las facultades de carácter moral en general: naturaleza y encaje constitucional.....</b>	<b>457</b>
<b>3.- Marco normativo de los derechos morales en general: antecedentes y regulación actual.....</b>	<b>467</b>
3.1.- Antecedentes internacionales.....	467
3.2.- Regulación en el ordenamiento jurídico español.....	471
<b>4.- Las características generales de los derechos morales: irrenunciabilidad, inalienabilidad y perpetuidad.....</b>	<b>474</b>

<b>5.- Configuración específica de los derechos morales del artista sobre sus interpretaciones audiovisuales.....</b>	<b>478</b>
5.1.- Fundamento para la atribución de facultades morales al artista.....	478
5.2.- Naturaleza y características específicas de las facultades morales del artista.....	480
5.3.- Límites a las facultades morales del artista.....	481
5.4.- Las facultades morales del artista en el Derecho internacional.....	486
<b>6.- El derecho de paternidad del artista.....</b>	<b>492</b>
6.1.- Configuración general y fundamentación específica.....	492
6.2.- El nombre artístico.....	495
6.2.1.- Aproximación al tema.....	495
6.2.2.- El nombre civil.....	496
6.2.3.- El seudónimo o el “nombre artístico”.....	498
6.2.4.- El seudónimo transparente, heterónimo, nombre de arte o artístico, en relación con las interpretaciones audiovisuales.....	500
6.2.5.- Otros medios de protección del “nombre artístico” en el ordenamiento jurídico español.....	502
6.2.6.- La protección del “nombre artístico” en el sistema del Copyright anglosajón.....	506
<b>7.- El derecho de integridad.....</b>	<b>507</b>
7.1.- Configuración general y fundamento específico.....	507
7.2.- Contornos específicos del derecho de integridad sobre las interpretaciones audiovisuales.....	509
<b>8.- El derecho a autorizar el doblaje de la interpretación audiovisual en la lengua propia del artista.....</b>	<b>512</b>
<b>9.- Duración y ejercicio <i>post mortem</i> de las facultades morales del artista.....</b>	<b>515</b>
9.1.- Generalidades y antecedentes.....	515
9.2.- La duración de las facultades morales del artista.....	519
9.3.- El ejercicio <i>post mortem</i> de las facultades morales del artista.....	520
<b>10.- Los derechos morales vs. derechos fundamentales.....</b>	<b>525</b>
10.1.- Aproximación al tema.....	525
10.2.- El derecho al honor y las facultades morales del artista.....	530
10.3.- El derecho a la propia imagen y las facultades morales del artista.....	534
10.4.- La parodia y la utilización humorística de la imagen de los artistas fijada en interpretaciones audiovisuales.....	544
10.5.- Consentimiento, autorización para el uso de la imagen y límites de los derechos fundamentales vinculados a los derechos morales del artista.....	550
10.5.1.- Consentimiento y autorización para el uso de la imagen.....	550
10.5.2.- Prácticas contractuales y derecho de imagen del artista.....	554

10.5.3.- Límites a los derechos fundamentales concernidos.....	559
<b>11.- Conclusiones en torno a los derechos morales del artista sobre sus interpretaciones audiovisuales.....</b>	<b>559</b>

## **CAPÍTULO VII**

<b>EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SOBRE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES: LA GESTIÓN COLECTIVA.....</b>	<b>563</b>
<b>1.- Introducción sobre la eficacia de los derechos y su forma de ejercicio en general.....</b>	<b>563</b>
<b>2.- Forma de ejercicio jurídica e idónea de cada modalidad de derecho.....</b>	<b>567</b>
2.1.- La naturaleza de cada derecho y su forma de ejercicio.....	567
2.2.- Principales modalidades de ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.....	568
2.2.1.- Ejercicio individual.....	568
2.2.2.- Gestión colectiva “voluntaria” o conjunta.....	570
2.2.3.- Gestión colectiva “obligatoria”.....	571
2.2.4.- El derecho de libre asociación y la gestión colectiva obligatoria.....	573
<b>3.- Los principios fundamentales de la gestión colectiva: la Directiva 2014/26/UE...</b>	<b>577</b>
3.1.- Generalidades, estructura y virtualidad de la Directiva 2014/26/UE.....	577
3.2.- El principio de actuación, salvaguarda y prevalencia del interés de los titulares de los derechos administrados.....	579
3.3.- El principio de supervisión y autocontrol interno de las entidades de gestión.....	580
3.4.- El principio de responsabilidad de los administradores y gestores de las entidades de gestión.....	581
3.5.- El principio de seguridad jurídica.....	582
3.6.- El principio de transparencia en la gestión colectiva.....	583
3.6.1.- El principio de transparencia y la gestión colectiva.....	583
3.6.2.- Medidas específicas de transparencia que impone la Directiva 2014/26/UE.....	586
<b>4.- Configuración general de la gestión colectiva en España.....</b>	<b>589</b>
4.1.- Aspectos generales: fundamentos.....	589
4.2.- Las entidades de gestión.....	590
4.3.- Régimen de obligaciones de las entidades de gestión.....	593
4.3.1.- Marco regulatorio.....	593
4.3.2.- Las obligaciones de las entidades de gestión frente a la Administración Pública: control, vigilancia y régimen sancionador....	594

4.3.3.- Las obligaciones de las entidades de gestión frente al titular de los derechos administrados.....	599
4.3.4.- Obligaciones de las entidades de gestión con los usuarios de las obras o prestaciones artísticas protegidas.....	603
<b>5.- La gestión colectiva obligatoria de los derechos de remuneración sobre las interpretaciones audiovisuales.....</b>	<b>605</b>
5.1.- Delimitación.....	605
5.2.- Las reglas que disciplinan las principales fases de la gestión colectiva de los derechos de remuneración.....	606
5.2.1.- La fase de recaudación y las tarifas generales.....	606
5.2.1.1.- Aspectos generales.....	606
5.2.1.2.- Régimen especial de legitimación (art. 150 TRLPI).....	607
5.2.1.3.- Aspectos generales en torno a as tarifas.....	613
5.2.1.4.- Obligaciones específicas de las entidades de gestión en la fase de recaudación: art. 157 TRLPI: “otras obligaciones”..	615
5.2.1.4.1.- Consideraciones generales.....	615
5.2.1.4.2.- Artículo 157 TRLPI: “otras obligaciones”.....	616
5.2.1.4.3.- Obligaciones de la entidad de gestión frente a los usuarios.....	618
5.2.2.- La fase de distribución y las normas de reparto.....	641
5.2.2.1.- Aspectos generales.....	641
5.2.2.2.- Obligaciones y criterios de la Directiva 2014/26/UE en relación con la fase y procesos de distribución y pago.....	643
5.2.2.3.- Principios, criterios o normas para una distribución equitativa, objetiva y transparente: el sistema de AISGE....	643
5.2.2.3.1.- Bases y principios del proceso de distribución..	643
5.2.2.3.2.- El artículo 154 TRLPI y los principios del reparto.....	644
5.2.2.3.3.- Los principios y criterios de distribución aplicados por AISGE.....	648
<b>6.- El principio de solidaridad de la gestión colectiva: las actividades de carácter asistencial, formativo y promocional.....</b>	<b>657</b>
<b>7.- La gestión transfronteriza de derechos.....</b>	<b>661</b>
7.1.- La gestión de derechos en nombre de otras entidades de gestión según la Directiva 2014/26/UE.....	661
7.2.- Los acuerdos o convenios de reciprocidad entre entidades de gestión extranjeras.....	661
7.3.- Códigos y bases de datos internacionales de artistas, interpretaciones y obras audiovisuales .....	664
<b>8.- Conclusiones en relación con el ejercicio de los derechos sobre las interpretaciones audiovisuales.....</b>	<b>668</b>



## CAPÍTULO VIII

### LA PROTECCIÓN DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES EXTRANJERAS EN ESPAÑA.....

671

<b>1.- Introducción: aspectos generales.....</b>	<b>671</b>
<b>2.- El Derecho aplicable: las normas de Derecho internacional privado concernidas en la materia.....</b>	<b>675</b>
<b>3.- Los beneficiarios de la protección dispensada por el TRLPI: principios y criterios del Derecho internacional aplicables a la materia.....</b>	<b>681</b>
3.1.- Principios y denominadores comunes del Libro IV del TRLPI.....	681
3.2.- Los principios de trato nacional y de reciprocidad.....	683
3.2.1.- El principio de trato nacional.....	683
3.2.2.- El principio de reciprocidad.....	685
3.2.3.- Los criterios o puntos de vinculación.....	687
<b>4.- La protección de las interpretaciones audiovisuales extranjeras en España: análisis del artículo 164 TRLPI.....</b>	<b>690</b>
4.1.- Aspectos generales.....	690
4.2.- Marco de protección general de las interpretaciones audiovisuales extranjeras.....	692
4.3.- Protección en España de las interpretaciones audiovisuales de la UE (art. 164.1 TRLPI).....	695
4.4.- Protección en España de las interpretaciones audiovisuales de terceros países ajenos a la UE.....	700
4.4.1.- Los criterios de vinculación específicos comprendidos en el art. 164.2 TRLPI.....	700
4.4.2.- Los criterios de vinculación subsidiarios o residuales del art. 164.3 TRLPI.....	704
<b>5.- Especial referencia a la protección en España de las interpretaciones audiovisuales fijadas bajo convenio de EEUU.....</b>	<b>711</b>
5.1.- Planteamiento general del problema.....	711
5.2.- Naturaleza y alcance del Canje de Notas de 1895.....	715
5.3.- Vigencia e interpretación plausible del Canje de Notas.....	721
<b>6.- Recapitulación y conclusiones parciales.....</b>	<b>726</b>

## CAPÍTULO IX

### LA PROTECCIÓN DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES BAJO EL SISTEMA DEL *COPYRIGHT* ANGLOSAJÓN.....

729

<b>1.- Contextualización y delimitaciones previas.....</b>	<b>730</b>
<b>2.- La protección de las interpretaciones audiovisuales en los EEUU.....</b>	<b>734</b>

2.1.-	Fuentes del derecho en los EEUU.....	734
2.2.-	Marco normativo en materia de <i>copyright</i> .....	734
2.2.1.-	Antecedentes.....	734
2.2.2.-	El Copyright Act de 1909.....	736
2.2.3.-	La reforma de 1971 y el Copyright Act de 1976.....	737
2.2.4.-	El <i>Digital Performance Rights in Sound Recordings Act</i> de 1995, y el <i>Digital Millennium Copyright Act</i> de 1998.....	739
2.2.5.-	El vigente Título 17 del <i>United States Code</i> .....	741
2.3.-	Objeto, contenido y titularidad del <i>copyright</i> .....	744
2.3.1.-	Objeto.....	744
2.3.2.-	Contenido.....	746
2.3.3.-	Titularidad.....	747
2.4.-	La figura del artista intérprete o ejecutante en el <i>Copyright</i> estadounidense. La interpretación audiovisual como obra <i>original</i> susceptible de protección.....	748
2.5.-	La protección de las interpretaciones audiovisuales en los EEUU.....	754
2.5.1.-	Aspectos generales y comunes.....	754
2.5.2.-	La titularidad del <i>copyright</i> sobre las obras realizadas por encargo, La doctrina del <i>work for hire</i> .....	755
2.5.3.-	La obra audiovisual como obra realizada por encargo.....	757
2.5.4.-	El <i>copyright</i> sobre la obra audiovisual.....	760
2.6.-	Los derechos de los artistas.....	761
2.6.1.-	Derechos patrimoniales.....	761
2.6.1.1.-	Derechos exclusivos.....	761
2.6.1.2.-	Derechos de remuneración.....	762
2.6.1.3.-	Derechos patrimoniales de carácter contractual.....	764
2.6.2.-	Derechos morales.....	769
2.6.2.1.-	Consideraciones generales.....	769
2.6.2.2.-	Los derechos de atribución [paternidad] e integridad. La <i>Lanham Act</i> .....	772
2.6.2.3.-	Los derechos publicidad y privacidad.....	775
2.6.2.4.-	El contrato de producción audiovisual como fuente de derechos morales: el <i>credit right</i> del artista.....	790
3.-	La protección de las interpretaciones audiovisuales en el Reino Unido.....	791
4.-	La protección de las interpretaciones audiovisuales en otros países del <i>Copyright</i> .....	796
4.1.-	Australia .....	796
4.2.-	Canadá.....	800

4.3.- Filipinas .....	804
4.4.- India.....	806
4.5.- Sudáfrica .....	809
<b>5.- Conclusiones fundamentales en torno a la protección de las interpretaciones audiovisuales en el sistema de <i>Copyright</i>.....</b>	<b>812</b>

## **CAPÍTULO X**

<b>LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES EN EL DERECHO COMPARADO, COMUNITARIO E INTERNACIONAL .....</b>	<b>815</b>
<b>1.- Consideraciones previas.....</b>	<b>815</b>
<b>2.- Las interpretaciones audiovisuales en el Derecho comparado.....</b>	<b>816</b>
2.1.- La protección de las interpretaciones audiovisuales en los países de la UE.....	816
2.2.- La protección de las interpretaciones audiovisuales en los países de Latinoamérica.....	821
2.3.- La protección de las interpretaciones audiovisuales en los países de África.....	825
2.4.- La protección de las interpretaciones audiovisuales en los países de Asia y el Pacífico.....	829
<b>3.- El régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales en el Derecho comunitario de la UE.....</b>	<b>832</b>
3.1.- Aspectos generales .....	832
3.2.- El proceso de armonización relativa.....	834
3.3.- Las Directivas comunitarias.....	836
3.3.1.- Directiva 92/100/CEE del Consejo .....	836
3.3.2.- Directiva 93/83/CEE del Consejo .....	839
3.3.3.- Directiva 2001/29/CE del Parlamento y del Consejo .....	840
3.3.4.- Otras Directivas .....	844
<b>4.- Las interpretaciones audiovisuales en el Derecho internacional.....</b>	<b>848</b>
4.1.- Contextualización.....	848
4.2.- La Convención de Roma de 1961.....	851
4.3.- El Acuerdo de los ADPIC de 1994.....	853
4.4.- El WPPT de 1996.....	856
4.5.- El Tratado de Beijing de 2012: Consideraciones generales.....	859
4.5.1.- Antecedentes .....	859
4.5.2.- Estado de la cuestión .....	861
4.5.3.- Aspectos básicos .....	863
4.5.4.- Virtualidad del Tratado de Beijing .....	865

<b>5.- Conclusiones parciales.....</b>	<b>866</b>
 <b>CAPÍTULO XI</b>	
<b>ESPECIAL ANÁLISIS DEL TRATADO DE BEIJING DE 2012 SOBRE INTERPRETACIONES Y EJECUCIONES AUDIOVISUALES .....</b>	<b>869</b>
<b>1.- Orientaciones y bases generales del Tratado.....</b>	<b>869</b>
1.1.- El Preámbulo.....	869
1.2.- Relación con otros convenios y tratados. ....	872
<b>2.- Definiciones, beneficiarios de la protección que brinda el Tratado, y trato     nacional.....</b>	<b>876</b>
2.1.- Definiciones.....	876
2.2.- Beneficiarios de la protección que brinda el Tratado.....	885
2.3.- Trato nacional.....	887
<b>3.- Los derechos morales del actor según el Tratado de Beijing.....</b>	<b>891</b>
3.1.- Contextualización y delimitaciones previas.....	891
3.2.- El derecho de paternidad.....	895
3.3.- El derecho de integridad.....	897
3.4.- Duración o plazo de protección de los derechos morales del actor.....	900
3.5.- Vías de recurso para la salvaguarda de los derechos morales del actor.....	902
<b>4.- Los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones o ejecuciones no     fijadas.....</b>	<b>903</b>
4.1.- Contextualización y delimitaciones previas.....	903
4.2.- El derecho de radiodifusión y comunicación al público.....	904
4.3.- El derecho de fijación.....	906
<b>5.- Los derechos patrimoniales del actor sobre sus interpretaciones fijadas.....</b>	<b>908</b>
5.1.- El derecho de reproducción.....	908
5.2.- El derecho de distribución.....	911
5.3.- El derecho de alquiler.....	914
5.4.- El derecho de puesta a disposición del público.....	917
5.5.- El derecho de radiodifusión y de comunicación al público.....	919
5.6.- La cesión de los derechos exclusivos: el controvertido art. 12.....	922
5.6.1.- Ámbito del artículo 12 – interpretaciones cubiertas por el Tratado....	922
5.6.2.- Las opciones previstas en el artículo 12.....	924
5.6.3.- La cláusula de salvaguarda de los derechos de remuneración.....	925
<b>6.- Límites, excepciones y duración de la protección que establece el Tratado de     Beijing.....</b>	<b>926</b>
6.1.- Limitaciones y excepciones.....	926

6.2.- Duración de la protección.....	928
<b>7.- Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas y a la información sobre gestión de derechos.....</b>	<b>929</b>
7.1.- Medidas tecnológicas de protección.....	929
7.2.- Información sobre gestión de derechos.....	933
<b>8.- Formalidades, reservas, aplicación en el tiempo y entrada en vigor del Tratado de Beijing.....</b>	<b>934</b>
<b>9.- Conclusiones parciales.....</b>	<b>936</b>
<b>CAPÍTULO XII</b>	
<b>CONCLUSIONES GENERALES .....</b>	<b>939</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>951</b>
<b>OTRAS FUENTES.....</b>	<b>976</b>
<b>RESOLUCIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS UTILIZADAS.....</b>	<b>984</b>

## ABREVIATURAS

ADPIC	Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio
Apdo.	apartado
Art.	artículo
BIRPI	Unión de Oficinas Internacionales para la Protección de la Propiedad Intelectual
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	<i>Copyright Act</i>
Cc	Código civil
Cfr.	compárese
CLR	California Law Review
ed.	edición
Ed.	editorial
EEUU	Estados Unidos
etc.	etcétera
GLJ	Georgetown Law Journal
HBS	Harvard Business School
HLR	Harvard Law Review
<i>ibid.</i>	<i>en el mismo lugar</i>
<i>i.e.</i>	esto es
<i>id.</i>	<i>ídem</i>
IVIR	Instituto del Derecho de la Información (Universidad de Ámsterdam)
LDA	Ley de derecho de autor (genérico)
LLR	Loyola of Los Angeles Law Review
LPI	Ley de Propiedad Intelectual de 1987
MPAA	Motion Picture Association of America
NULR	Northwestern University Law Review
núm.	número
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
<i>óp. cit.</i>	obra citada
pág.	página
RDPI	Revue du Droit de la Propriété Intellectuelle
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
SAG-AFTRA	Screen Actors Guild-American Federation of Television and Radio Artists

ss. ----- siguiente

STC ----- Sentencia del Tribunal Constitucional

STS ----- Sentencia del Tribunal Supremo

STJUE ----- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TC ----- Tribunal Constitucional

TCE ----- Tratado de la Unión Europea

TLR ----- Texas Law Review

TRLPI ----- Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

TS ----- Tribunal Supremo

UCLA Law Rev. ----- UCLA Law Review

UE ----- Unión Europea

ULR ----- Utah Law Review

USC----- Código de los EEUU

*vv.aa.* ----- varios autores

*Vid.*----- véase

*v. gr.* ----- por ejemplo

WCT ----- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor

WPPT ----- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas

## RESUMEN

Las interpretaciones audiovisuales constituyen un bien jurídico de extraordinario valor creativo, económico y cultural. Sin embargo, las legislaciones nacionales le han prestado poca atención y cuando lo han hecho, como la Ley de Propiedad Intelectual española, ha sido con cierto desdén y a un nivel inferior al que reciben otras contribuciones creativas a la obra audiovisual, que además se erige como paradigma de la obra en colaboración. Solo a partir de la adopción del Tratado de Beijing de 2012 estas creaciones audiovisuales cuentan con un marco regulatorio de mínimos de carácter universal, sin que dicho instrumento, pese al consenso alcanzado, haya entrado aún en vigor. La displicencia con que la norma jurídica trata a tan relevantes bienes culturales y económicos contrasta sobremedida con la valoración que reciben del público y del mercado de los contenidos audiovisuales. Tal disfunción e incoherencia entre realidad y norma responde a la concurrencia e influencia de intereses diversos - y a veces perversos-, tanto en el ámbito de la propiedad intelectual como en el sector audiovisual. La presente Tesis, partiendo de la fundamentación fáctica, científica, artística y jurídica de la protección de las interpretaciones audiovisuales, analiza exhaustivamente todo el alcance, lagunas y conflictos de la actual regulación de las mismas en nuestra legislación, en la comparada –con especial referencia al *Copyright* de EEUU- y en el Derecho comunitario e internacional.

El primer bloque de causas de las deficiencias del régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales deriva de las limitaciones conceptuales y dogmáticas con las que se ha ido construyendo la institución de la propiedad intelectual. La presente Tesis intenta superar el dogma anclado a los dos conceptos que tradicionalmente han delimitado la protección subjetiva y objetiva desde el origen de la institución: el autor y la obra. A tal fin, hemos desplegado un extraordinario esfuerzo exegético y hermenéutico para redefinir varias figuras jurídicas en búsqueda de su verdadera correspondencia con el supuesto de hecho que pretenden amparar. Así, y entre otros, los conceptos de autor, obra, originalidad, creatividad, interpretación, artista intérprete o ejecutante, artista, actor, actividad artística, fijación audiovisual e interpretación audiovisual han tenido que ser objeto de un exhaustivo análisis para armonizar su significado jurídico con la actividad artística del actor y con las bases mismas de la creatividad. El desconocimiento del trabajo creativo del actor por parte del público en general y de buena parte de la doctrina jurídica y del legislador constituye, a su vez, un *hándicap* fundamental para poder acercarse a la materia sin prejuicios y sin lastres de cualesquiera índole.



La anterior disfunción y confusión terminológica, unida al desconocimiento práctico de los procesos de creación de determinada tipología de obras o creaciones como las fijadas en un soporte, dispositivo, sistema o medio audiovisual, ha trasladado al Derecho positivo una pléyade de conceptos jurídicos indeterminados e imprecisos, corrompiendo la realidad que pretenden amparar. Concretamente, el actor no puede ser considerado en ningún caso como un mero reproductor o transmisor de las ideas, emociones y demás contenidos dramáticos que describe el guión o la obra dramática. La actividad creativa del actor responde al mismo proceso y a las mismas cualidades intelectivas que las de cualquier creador, autor o inventor, solo que su proceso de externalización es más complejo y personalísimo que el de cualesquiera otros, al tener que utilizar como recursos expresivos atributos de su personalidad como la voz, el cuerpo, el movimiento, el gesto, el silencio, la pausa, el ritmo y la mirada.

En el mejor de los casos, el gran público, el legislador y parte de la doctrina jurídica, no así la dramática o la cinematográfica, yerran por desconocimiento, al considerar que la actividad creativa del actor consiste en interpretar una obra literaria preexistente –dramática o guión-, cuando en realidad esa labor interpretativa –estrictamente hermenéutica- también la han de realizar el director de escena, el director-realizador, el director de fotografía, el montador, el productor ejecutivo y todos cuantos lean dicha obra para poder construir otra obra nueva y diferente: la escénico-teatral o la audiovisual. Pero esa interpretación hermenéutica de la obra literaria es para todos esos sujetos, incluido el actor, una actividad previa a su actividad creativa propia y subsiguiente. La verdadera actividad creativa del actor consiste en idealizar y construir un personaje nuevo para ser actuado ante el público o ante la cámara, partiendo de las pautas descriptivas del guión o del libreto, pero añadiendo diversos elementos nuevos para configurarlo e idearlo primero en su mente y luego, valiéndose de sus recursos expresivos personalísimos, actuarlo, dotarlo de vida, de forma y de configuración específica externa. Y será ese personaje actuado, no el descrito en el guión, el que integre la obra audiovisual. Y será ese personaje construido por el actor y luego actuado por él mismo con el que se identifiquen los miembros del público para asumir todo su contenido dramático: ideas, sentimientos, emociones, gestos, apariencia física, etc.

Entendida y asumida así la verdadera actividad creativa del actor, unánimemente expresada y apoyada por toda la ortodoxia teatral, dramática, cinematográfica y audiovisual, la Tesis se hallará presta para abordar el estudio de las interpretaciones audiovisuales en todas sus dimensiones posibles y desde todos los ámbitos de protección que le brinda nuestro ordenamiento jurídico, el Derecho comparado –con referencia especial y necesaria al sistema del

*Copyright*, y, dentro de éste, al desarrollado en EEUU en el ámbito audiovisual-, el Derecho comunitario de la UE y el Derecho internacional –con especial detenimiento en el análisis del alcance del reciente Tratado de Beijing de 2012, sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales.

Y dentro de cada uno de esos ámbitos normativos, examinaremos las virtudes, defectos y lagunas del régimen de derechos de propiedad intelectual atribuidos al actor sobre sus interpretaciones audiovisuales para proteger sus intereses económico-patrimoniales, espirituales y morales, y sus derechos fundamentales, como el de la propia imagen y el honor, vinculados con aquéllos en una suerte de unidad de destino o *corpus mysticum*, al quedar fijados en un mismo *corpus mechanicum*. Y como quiera que el límite temporal de tales derechos constituye una de las características fundamentales de la propiedad intelectual, al tiempo que no existe en nuestro ordenamiento jurídico ningún derecho ilimitado temporal o sustantivamente, la duración y los límites sustantivos de los derechos concernidos en la protección de las interpretaciones audiovisuales ocuparán también un espacio necesario en esta investigación.

Mas, no solo el contenido sustantivo de los derechos patrimoniales atribuidos al actor sobre sus interpretaciones audiovisuales suscita el interés de este estudio, sino que su eficacia y desenvolvimiento práctico en el tráfico jurídico ocupa, asimismo, un lugar destacado. Una adecuada configuración jurídica de tales derechos no es suficiente para que los mismos alcancen su eficacia y virtualidad, sino que hay que dotarles de mecanismos legales de ejercicio idóneos, como es la especial gestión colectiva obligatoria de los derechos de remuneración, únicos derechos de contenido económico y de explotación que conserva en su patrimonio el actor. El estudio del ámbito de aplicación de la Ley, asimismo, nos aporta una serie de criterios jurídicos para determinar qué interpretaciones audiovisuales extranjeras se hallan protegidas en España y en qué grado.

Por último, el estudio finaliza con la formulación de una serie de conclusiones finales y fundamentales sobre el marco jurídico vigente de las interpretaciones audiovisuales en todos sus ámbitos y dimensiones, a las que acompañan varias propuestas de mejora, algunas de las cuales apuntan de *lege ferenda* hacia una futura oportunidad de reforma del TRLPI.

## ***ABSTRACT***

Audiovisual performances have an extraordinary creative, economic and cultural value. Notwithstanding this, national legislations have given them little attention, and when they have done so, as in the Spanish Intellectual Property Law, it has been with certain disdain and at a lower level than granted to other creative contributions to the audiovisual work, which furthermore rise as paradigm of the joint work. Only from the adoption of the 2012 Beijing Treaty these audiovisual creations count with a universal *de minimis* regulatory framework, even though such instrument, despite the consensus achieved, has not yet entered into force. The lack of enthusiasm with which the legal norm addresses such relevant cultural and economic goods contrasts enormously with the valuation by the public and the audiovisual contents market. Such dysfunction and incoherency between reality and norm is due to the concurrence and influence of diverse – and sometimes perverse – interests, both in the field of intellectual property and in the audiovisual sector. Departing from the factual and legal basis for the protection of audiovisual performances, this Thesis thoroughly analyses the scope, loopholes and conflicts of their current regulation in our legislation, in the Comparative law –with special reference to the US Copyright – and in the EU law and International law.

The first set of causes of the deficiencies in the legal regime of audiovisual performances derives from the conceptual and dogmatic limitations with which the institution of intellectual property has been built. This Thesis attempts to overcome the dogma anchored to the two concepts that have traditionally defined the subjective and objective protection since the inception of the institution: the author and the work. To this end we have deployed an extraordinary exegetical and hermeneutical effort in order to redefine certain legal concepts, in search of their true correspondence with the *de facto* situation they aim to protect. Thus, and among others, the concepts of author, work, originality, creativity, performance, performer, actor, artistic activity, audiovisual fixation and audiovisual performance had been the subject matter of a comprehensive analysis, in order to harmonize their legal meaning with the artistic activity of the actor and with the very foundations of creativity. The lack of knowledge on the creative work of the actor, by the public in general as well as by much of the scholars and the legislator, constitutes, in turn, a fundamental handicap for approaching this matter without prejudices and without any kind of burdens.

The above terminological dysfunction and confusion, together with the practical ignorance on the creative processes of certain types of works or creations as the ones fixed in an audiovisual

fixation, device, system or media, has shifted to the positive law a cluster of inaccurate and undefined legal concepts, corrupting the reality they aim to protect. More specifically, the actor cannot be regarded in any way as a mere reproducer or transmitter of ideas, emotions and other dramatic contents as described in the script or in the dramatic work. The creative activity of the actor responds to the same process and intellectual merit as of any other creator, author or inventor, and not only that, his externalization process is far more complex and personal, as he has to use his attributes of personality as expressive resources, such as the voice, the body, the movement, the gesture, the silence, the pause, the rhythm and the look.

At best, the general public, the law-makers and most legal scholars, not so the drama and film scholars, fail by ignorance, when considering that the creative activity of the actor consists on interpreting a preexisting literary work –the screenplay-, when in fact such interpretative work –strictly hermeneutical- is also undertaken by the stage director, the film director, the cinematographer, the editor, the executive producer and all others who must read such work in order to be able to build a new and different work: the dramatic or audiovisual work. But for all of them, including the actor, this hermeneutic interpretation of the literary work is an activity prior to their subsequent and own creative activity. The true creative activity of the actor is to idealize and build a new character which will be performed to the public or facing a camera, based on the descriptive guidelines in the script or libretto, but adding diverse new elements in order to first create it in his mind and, then, by using his very personal expressive resources, perform it, giving it life, form and specific external features. And it will be this performed character, not the one described in the script, which integrates the audiovisual work. And it will be this character, built by the actor and then performed by him, with which the members of the public will identify themselves, embracing all its dramatic content: ideas, feelings, emotions, gestures, physical appearance, etc.

Understood and assumed the true creative activity of the actor, unanimously expressed and supported by the entire theatrical, dramaturgical, cinematographic and audiovisual orthodoxy, this Thesis will address the study of audiovisual performances from all possible perspectives and protection areas provided under our legislation, the Comparative law –with special and necessary reference to the *Copyright* system and, within it, its construction in the US audiovisual field-, the EU law and the International law –with special emphasis on the Beijing Treaty of 2012, on audiovisual performances.

And within each one of these regulatory fields we will examine the virtues, flaws and loopholes in the system of intellectual property rights granted to the actor on his audiovisual performances for protecting his economic and moral interests, as well as his fundamental rights, such as to his own image and honor, linked to the others in a sort of target drive or *corpus mysticum* when fixed in a same *corpus mechanicum*. And because the temporal limitation of such rights constitutes one of the main characteristics of intellectual property, while in our legal system there is no unlimited right, the duration and limits of the rights concerned in the protection of audiovisual performances will also occupy a necessary space in this Thesis.

Not only the substance of economic rights granted to the actor on his audiovisual performances attracts the interest of this study, but also their effectiveness and practical development in legal transactions occupies a prominent place. An adequate legal configuration of such rights is not enough for them to reach efficiency and virtuality, but we must provide them with legal mechanisms for a suitable exercise, such as the special mandatory collective management of remuneration rights, the only economic and exploitation rights preserved by the actor. The study of the scope of the Law will also provide us with a whole range of legal criteria in order to determine which foreign audiovisual performances are protected in Spain and to what degree.

Last, but not least, this study is completed with the formulation of certain final and fundamental conclusions on the current legal framework on audiovisual performances in all their fields and dimensions, together with proposals for its improvement, some of which are conceived *de lege ferenda* for an eventual amendment of the Spanish Copyright Act.

## ***CAPÍTULO I***

### **OBJETO Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.- INTRODUCCIÓN.**

Aunque con leves mejorías en algunos casos y en las dos últimas décadas, el régimen jurídico protector de las interpretaciones audiovisuales sigue padeciendo aún hoy un silencio legislativo injustificado en muchos países, o un tratamiento discriminatorio, parcial y contradictorio en aquellos otros en los que sus legislaciones nacionales amparan y reconocen derechos sobre tales bienes. España se ubicaría en este segundo grupo de países, ya que cuenta con un régimen jurídico mínimo de protección de las interpretaciones audiovisuales y a un nivel que podríamos calificar de aceptable, pero no en pocos aspectos inferior al que reciben otras aportaciones creativas integradas en una misma obra audiovisual.

En ambos casos, el tratamiento jurídico que reciben tales creaciones del espíritu no se corresponde en absoluto con su relevancia creativa, económica, social y cultural, al tiempo que se manifiesta contrario a los principios y normas generales de la propiedad intelectual –Derecho de autor-, incluso del Derecho civil común y del constitucional, así como de la doctrina científica y jurisprudencial más autorizada, tanto nacional como foránea.

Las interpretaciones audiovisuales son aquellas que contienen una actuación artística, comúnmente la desarrollada por un actor, si bien pueden comprender otras prestaciones artísticas que se han desarrollado ante y/o para una cámara con el propósito de ser fijadas en un soporte, dispositivo, medio o sistema audiovisual que permite su reproducción y percepción. Asimismo, lo habitual es que tales interpretaciones, no obstante su entidad autónoma, integren un ente superior y más complejo como es la obra audiovisual, constituyendo ésta el paradigma de la obra en colaboración, en cuanto que fruto de aportaciones creativas diversas. En otras ocasiones, la interpretación audiovisual conforma en sí misma una obra audiovisual autónoma y como tal queda fijada en un soporte, dispositivo, medio o sistema audiovisual independiente, o bien se integra en una grabación audiovisual como es un programa televisivo u otro tipo de formato.

Jurídicamente hablando, la interpretación audiovisual fijada -pues las actuaciones en vivo quedan fuera de esa conceptualización por razones obvias- se presenta como una construcción jurídica compleja, abierta y carente de una definición o conceptualización universal, lo cual nos obliga a desplegar un esfuerzo exegético, hermenéutico y de conceptualización previo para delimitar nuestro objeto de estudio y las demás figuras con las que se integra o mantiene relaciones intensas -y en ocasiones tensas- dentro de la institución de la propiedad intelectual y, sobre todo, en su desenvolvimiento práctico en el tráfico jurídico y en el mercado de los contenidos audiovisuales.

Para la satisfacción del anterior y de otros objetivos que nos hemos planteado con la presente investigación, se ha considerado oportuno y novedoso acudir a otros campos de conocimiento científicos ajenos al Derecho con el propósito de delimitar con la máxima precisión nuestro objeto de estudio y el proceso creativo del mismo, bajo el buen entendimiento de que solo un conocimiento auténtico de los supuestos de hecho y de la realidad que pretende amparar la institución jurídica nos permitirá un estudio exhaustivo y profundo para poder alcanzar el desarrollo y conclusiones a las que se orienta este trabajo.

La necesidad imperiosa de mejorar el régimen jurídico-normativo vigente sobre la materia nos obligará a someter las legislaciones a un exhaustivo examen de virtualidad y contraste con la realidad del proceso de producción, creación y de explotación de las interpretaciones audiovisuales, como creemos nunca se ha hecho hasta la fecha, lo cual exigirá, claro es, partir de los lugares comunes a los que ha llegado la doctrina científica y jurisprudencial para luego, después y durante el estudio propuesto, emerger configuraciones y soluciones nuevas amparadas por la ortodoxia jurídica y por las bases fácticas que rodean la constitución y desenvolvimiento de tales bienes jurídicos.

## **2.- OBJETO Y OBJETIVOS DE ESTUDIO: PLANTEAMIENTO GENERAL.**

El título de la presente investigación “El régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales” delata sin esfuerzos su objeto de estudio, si bien para enmarcar con mayor precisión tanto el objeto como sus objetivos se hace necesario advertir el carácter complejo y poliédrico de un tema escasamente tratado por la doctrina jurídica y jurisprudencial, no obstante su relevancia económica, social y cultural. Si a ese desdén se le une la parquedad, olvido y desconocimiento

técnico con que las interpretaciones audiovisuales fueron abordadas por el legislador nacional, regional e internacional, cae por su peso que el punto de partida de nuestra investigación precisará de unas bases sólidas y clarificadoras que nos permita avanzar y desarrollar todo el contenido argumental y conclusivo de manera cierta y rotunda.

Por tanto, a modo de planteamiento general de la cuestión, para poder aproximarnos con rigor, profundidad y sin prejuicios al estudio de las interpretaciones audiovisuales, se hace necesario imbricar en una sola tesis al menos las siguientes cuestiones principales y objetivos, a saber:

- 1ª.- Sentar, *ab initio*, las bases de la conceptualización por el derecho positivo del “artista intérprete o ejecutante”, como sujeto titular de derechos de propiedad intelectual, desechando la dicotomía doctrinal entre artistas intérpretes o artistas ejecutantes, por su nula trascendencia práctica y jurídica, como paso obligado del análisis hermenéutico del concepto “artista”, para colegir los elementos o criterios que permitan delimitar, desde un punto de vista jurídico, los supuestos que se incardinan en la definición del género “artista”, hasta alcanzar -dentro de dicho género unívoco- el concepto de la especie “actor”, cuanto que sujeto creador prototípico de las interpretaciones audiovisuales. Todo ello, asimismo, como paso previo para acotar y concretar el fundamento poliédrico y multidisciplinar del concepto de “interpretaciones audiovisuales” en cuanto creaciones originales, singulares y personales susceptibles de amparo por el Derecho de autor o la propiedad intelectual a un nivel adecuado y coherente con el valor añadido que incorporan a las obras audiovisuales, en cuanto que obras en colaboración, sobre todo y por producirse tal efecto en la fase más relevante y regida, precisamente, por los derechos de propiedad intelectual, cual es la de explotación de tales creaciones.
- 2ª.- Establecidas las necesarias delimitaciones y bases conceptuales con las que acotaremos el ámbito del presente estudio, hemos considerado oportuno dotar a nuestra investigación de un sentido multidisciplinar ciertamente novedoso para la institución de la propiedad intelectual, y a tal fin indagaremos las premisas fácticas y básicas de la creatividad y del proceso creativo, con la intención de poner de manifiesto que, de un lado, a).- el resultado creativo digno de amparo jurídico es siempre fruto de la mente del hombre y de su actividad física que lo ejecuta y lo da forma o realidad externa, lo cual acontece en todas las formas de creación artística, científica, industrial, etc.; de otro lado, b).- que el proceso creativo en todas las manifestaciones artísticas es muy similar, todas o casi todas –en terminología aristotélica- son imitación (mímesis), esto es, representan la realidad o la



naturaleza mediante un artificio o ficción, sin que las diferencias de objeto, medios y formas de imitación justifiquen una suerte de consideración jerarquizada de méritos o valores que puedan trascender al campo jurídico para, a su vez, justificar un tratamiento normativo también diferenciado; en tercer lugar, c).- que, yendo de lo general a lo particular, entraremos al análisis del verdadero trabajo o actividad creativa del actor, tan desconocido para el gran público como para el legislador nacional e internacional, así como para una parte de la doctrina jurídica. Observaremos, por su peso, que el actor – en cuanto que principal artífice de las interpretaciones audiovisuales- es quien crea el personaje audiovisual que queda fijado en un soporte o sistema de esta naturaleza y que es con el que el espectador se identifica para adquirir las ideas, conceptos, emociones y demás contenidos propios concernidos en el arte de la interpretación. Todo ello, sin perjuicio de que el personaje literario se halla descrito o creado ya en un guión o libreto, pues se trata de dos personajes diferentes, aunque el uno basado en el otro, y para explicar esa diferencia esencial acudiremos a la teoría aristotélica de “la potencia y el acto”, dado que el personaje literario es potencia y el audiovisual es acto, fruto éste del trabajo creativo del actor, que incorpora a aquél elementos esenciales de su personalidad como la voz, tonos, movimiento, gesto, pausa, ritmo, silencios, imagen y toda la acción requerida para dotarle de vida y de elementos propios. El proceso creativo del actor presenta, en efecto, similitudes y diferencias evidentes respecto de otros creadores intelectuales, mas las diferencias en absoluto operan en desmedro de su carácter de creador intelectual sino todo lo contrario, tal y como tendremos oportunidad de observar sin esfuerzo.

- 3ª.- Siendo la anterior la tesis medular y la premisa esencial de otros efectos colaterales, mas no por ello intrascendentes, de la misma deriva el análisis en profundidad del sistema de protección que nuestra legislación brinda a las interpretaciones audiovisuales, tanto en su dimensión patrimonial como moral o espiritual, para hallar sus lagunas y deficiencias con la intención de ofrecer y articular soluciones jurídicas sólidas y justas, adaptadas al contexto y a la realidad social, económica, cultural y jurídica propias del siglo XXI.
- 4ª.- Así, por lo que respecta a los derechos de contenido patrimonial con los que la LPI española protege la explotación de las interpretaciones audiovisuales, abordaremos un estudio minucioso de cada uno de ellos para indagar su alcance y su desenvolvimiento práctico en un mercado o tráfico jurídico audiovisual presionado por intereses concurrentes no siempre conciliados de manera equilibrada. Precisamente, la especial forma de explotación de las interpretaciones audiovisuales ha ido configurando un marco jurídico-

regulatorio *ad hoc* de los derechos intelectuales que protegen a las mismas, con el doble objetivo de potenciar su máxima explotación sin interferir en las relaciones contractuales y comerciales asentadas en el sector, bajo el criterio de seguridad jurídica, y de garantizar al intérprete audiovisual la justa participación económica derivada de tal explotación. Dicho objetivo lo articula nuestra LPI a través del reconocimiento de un elenco de derechos exclusivos de autorizar a favor de los artistas, cuya transmisión al productor se presumirá *iuris tantum*, de tal suerte que, de producirse esa transmisión de las facultades exclusivas, el artista conservará en todo caso el contenido económico del derecho a través de facultades remuneratorias, esto es, mediante la atribución de un derecho de remuneración de gestión colectiva obligatoria y, por tanto, de imposible renuncia, transmisión o ejercicio individual. Tales especialidades serán objeto de riguroso estudio para poder establecer las conclusiones esenciales al respecto.

- 5<sup>a</sup>.- En cuanto a las facultades morales que la LPI española atribuye al artista creador de una interpretación audiovisual, cabe también referir que presentan singularidades tan relevantes que nos obligarán a extender este estudio a aspectos que nunca antes se habían abordado de manera tan exhaustiva. La especial sobre-exposición que pesa sobre las interpretaciones audiovisuales y sobre los artistas que las crean e integran, también por la demanda y explotación masiva de las mismas, junto al desarrollo exponencial que han experimentado las tecnologías digitales y los medios de comunicación social, amén de Internet y las redes sociales vinculadas, son circunstancias que abonan sin duda un marco regulatorio más completo y eficaz que el que contiene nuestra LPI. Asimismo, considerando que el actor o el bailarín –y en menor medida el cantante intérprete ejecutante- expresan su creatividad a través de atributos personales como la voz, el cuerpo, el movimiento, etc., y que tales atributos –junto con su propia imagen- quedan vinculados en una suerte de unidad de destino mediante un soporte o sistema audiovisual en el que se fijan o graban las interpretaciones audiovisuales, hemos entendido necesario abundar en las relaciones que median entre las facultades morales de tales artistas y sus derechos fundamentales a la propia imagen y al honor, por constituir una especialidad –en cierto modo virgen- dentro de los estudios sobre propiedad intelectual relacionados con los derechos morales de los artistas.
- 6<sup>a</sup>.- Estudiados con la mayor solvencia posible los anteriores aspectos sustantivos con el objetivo de fijar conclusiones solventes, estaremos en condiciones de abordar los aspectos adjetivos que precisan los derechos vinculados a la protección de las interpretaciones

audiovisuales para que alcancen su plena eficacia y se puedan desenvolver con garantías en un sistema de explotación cada vez más complejo, tecnológico, masivo y global; lo que nos llevará a analizar sus formas de ejercicio idóneas, ya sea de manera colectiva o individual, atendiendo a la naturaleza y contenido de cada derecho.

- 7º.- Como elemento transversal de todo el régimen protector que el TRLPI brinda a las interpretaciones audiovisuales, se hará necesario abordar también con ese carácter transversal y, por tanto, como base subyacente de esta tesis y argumentos fundamentales de este estudio, la verdadera naturaleza, contenido y virtualidad de los llamados, con cierto desdén, por el legislador de 1987 *derechos de simple remuneración*, proponiendo desde ahora mismo renombrarles como *derechos de remuneración* -sin el “simple”- pues, entre otras razones, han adquirido en la última década, incluso para los propios autores, una relevancia decisiva e imprevista por dicho legislador y por la doctrina autoralista más tradicional. Dicha nomenclatura, además, entronca de manera más adecuada con la utilizada en el derecho comparado e internacional. De su contraposición con los derechos exclusivos de autorizar se han tratado de extraer, sobre todo, efectos prácticos y económicos ajenos a su propia naturaleza y configuración, lo cual ha distorsionado el análisis riguroso de los derechos de remuneración especialmente en el ámbito de las obras e interpretaciones audiovisuales. Se trata, pues, de un planteamiento revisionista de hondo calado y al tiempo de necesaria acometida para poder verter luz sobre las sombras que han impedido el desarrollo armónico y justo de los derechos de propiedad intelectual de los autores y artistas creadores de contenidos audiovisuales.
- 8º.- Agotado el estudio del régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales en el ordenamiento jurídico español, tanto en su vertiente sustantiva como en la adjetiva, será preciso escudriñar qué interpretaciones audiovisuales extranjeras o qué artistas titulares originarios de las mismas extranjeros se hallan protegidos bajo dicho régimen jurídico en España, lo cual nos lleva al análisis del ámbito de aplicación de nuestra LPI, así como a desentrañar el complejo haz de principios y normas de derecho internacional privado y público que se aplican en la materia.
- 9º.- Los anteriores objetivos y contenidos nos conducen necesariamente al estudio del Derecho comparado, comunitario de la UE e internacional en la medida en que tales normas afectan al régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales. Mas, dentro de los modelos de derecho comparado, cae por su peso que en la materia el más relevante, comparativamente

hablando, es el sistema del *Copyright* anglosajón y, dentro del mismo, el desarrollado en los EEUU. Por ello y tratándose de las interpretaciones audiovisuales, cuya hegemonía mundial posee dicho país desde que el cine se convirtió en industria allá por la década de los años treinta del pasado siglo, se hace necesario acercarse a dicho sistema siquiera para poner de manifiesto la tesis de que las diferencias entre aquél y el del derecho de autor son más de forma que de fondo, superando así las tesis que han abonado la confusión en el ámbito audiovisual durante varias décadas. Considerando, además, que la industria audiovisual constituye una de las actividades económicas y estratégicas de primer orden para los países más desarrollados, al tiempo que hoy se producen y se explotan en gran medida obras de esa naturaleza en todos los lugares del planeta bajo las reglas, directa o indirectamente, del *Copyright*, no se podía abordar el régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales prescindiendo de un estudio exhaustivo de tal sistema.

**10°.-** Finalmente y a modo de techo que dará cobijo a las anteriores tesis y planteamientos, el reciente Tratado de Beijing de 2012, sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, aun con su carácter de mínimos, como no podía ser de otra manera, está llamado a marcar un punto de inflexión definitivo en el tratamiento jurídico de las interpretaciones audiovisuales, sobre todo en las siguientes orientaciones: a) como marco normativo de referencia para las legislaciones nacionales que aún guardan silencio sobre la materia; b) como elemento uniformador y al tiempo armonizador de los diferentes sistemas protectores o legislativos nacionales sobre las interpretaciones audiovisuales.

Y siendo los anteriores los objetivos esenciales del presente estudio, cumple advertir, no obstante, que el desarrollo de los mismos quedará subordinado al hallazgo de una serie de conclusiones fundamentales capaces de servir de base para los futuros estudios sobre las interpretaciones audiovisuales en todas sus dimensiones y, sobre todo, para afrontar nuevos procesos de reformas legislativas con una base fáctica y jurídica acorde con tales dimensiones.

### **3.- INTERÉS CIENTÍFICO DEL TEMA, CONTEXTUALIZACIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN.**

El interés por el estudio del Derecho de autor o de la propiedad intelectual siempre ha ido de la mano de los procesos legislativos sobre la materia y de los avances tecnológicos de gran incidencia en la producción y forma de consumo de las obras o creaciones intelectuales. Tal

ocurrió en el contexto del siglo XIX con motivo de los sucesivos proyectos de Ley de Propiedad Intelectual y, sobre todo, con motivo de la discusión parlamentaria y promulgación de la LPI de 1879.

Los grandes juristas del siglo XIX, entre los que destacó DÁNVILA Y COLLADO<sup>1</sup> como el gran tratadista español de la época en materia de propiedad intelectual, abordaron este tema desde una posición novedosa, pues, superada la etapa de los privilegios, la atribución de derechos subjetivos al autor de la obra y no solo al editor del libro, por ejemplo, dio paso a una nueva era en el estudio y regulación de la materia; al tiempo que el calor de los sucesivos proyectos de leyes que sobre la propiedad intelectual se desarrollaron a lo largo del siglo, provocaron un incremento del interés doctrinal por una nueva disciplina jurídica que prometía futuro y, sobre todo, constituía un reto de incardinación y fundamento. Los debates previos y parlamentarios de la LPI decimonónica y centenaria atrajo a su estudio a otras figuras de peso como ALONSO MARTÍNEZ y LUIS DE ANSOARENA. La promulgación de la LPI de 1879 reavivó de nuevo dicho interés, que fue decreciendo y, en parte, abandonado, durante los dos primeros tercios del siglo XX, considerando que la mencionada norma y su Reglamento estuvieron en vigor hasta 1987<sup>2</sup>.

La apremiante necesidad de revisar y adaptar la legislación sobre propiedad intelectual a un contexto socio-económico y tecnológico tan complejo y diferente respecto del que sirvió de base a la centenaria LPI de 1879, trajo como solución una nueva LPI moderna, eficaz e innovadora, como también lo fuera aquélla –y prueba de ello fue su extraordinaria vigencia. En efecto, la Ley 22/1987, de 11 de octubre, de Propiedad Intelectual ya venía precedida de varios análisis doctrinales, pero nada comparable al interés que dicha norma despertó en varias ramas del Derecho, especialmente en el ámbito del Derecho civil. Además de la importancia decisiva que tal ámbito de protección especial poseía ya en la sociedad de ese tiempo, desbordada por una realidad de consumo masivo de obras e interpretaciones, la LPI introdujo varias novedades de hondo calado en el sistema de la propiedad intelectual y ello incentivó su estudio a todos los niveles, tanto nacional como internacional.

---

<sup>1</sup> DÁNVILA Y COLLADO, Manuel, *La propiedad intelectual: Legislación española y extranjera, comentada, concordada y explicada según la Historia, la Filosofía la Jurisprudencia y los Tratados*, Imprenta de la Correspondencia de España, Madrid, 1882.

<sup>2</sup> La LPI de 1987 derogó la de 1879, así como la Ley 17/1966, de 31 de mayo, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas. Ahora bien el TRLPI, en su disposición derogatoria única, declara expresamente en vigor los Capítulos I, II, III, IV, VII, VIII, IX, X y disposición transitoria del título I; Capítulos I, II y III del Título II, del Real Decreto de 3 de septiembre de 1880, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 1879, a su vez, la disposición transitoria 7ª declara en vigor dicho Reglamento siempre que no se oponga a lo previsto en esta ley (en el mismo sentido que la disposición transitoria 6ª de la LPI 1987).

En torno a la LPI de 1987 se erigió todo un cuadro doctrinal, sobre todo civil, aunque con exponentes del ámbito mercantil y penal también, como nunca antes se había conocido en nuestro país. Parte de esa doctrina y base de la doctrina posterior la conformaron tratadistas ilustres durante las dos décadas precedentes. Tales son los casos destacados de Hermenegildo Baylos Corroza, Carlos Rogel Vide, Diego Espín Cánovas, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Antonio Delgado, Manuel Desantes Real, Pau Miserachs i Sala. De entre ellos, Carlos Rogel y Rodrigo Bercovitz liderarán la doctrina en la materia durante las tres décadas siguientes. Y tras la promulgación de la LPI de 1987 se acercan a la materia otros civilistas -y algún mercantilista- de prestigio como Luis Díez-Picazo, José Luis Lacruz Berdejo, Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart, Joaquín Rams Albesa, José Antonio Vega Vega, José Antonio Gómez Segade, José Massaguer, Manuel Botana Agra, Carlos Fernández-Novoa, Ramón Casas Vallés, Antonio Castán Pérez-Gómez, Eduardo Galán Corona, Mónica Guzmán Zapater, Antonio Ortí Vallejo, Guillermo Orozco Pardo, Antonio Pau Pedrón, Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Julia Ruiz-Rico Ruiz-Morón, Francisco Rivero Hernández, Manuel Otero Lastres, Carlos Sergio Vattier Fuenzalida, Antonio Cabanillas Sánchez, Nazareth Pérez de Castro, Juan Miguel Ossorio Serrano. Junto a esa generación de tratadistas, paulatinamente, se han ido incorporando sucesivas hornadas de civilistas, principalmente, que fueron orientando su campo de estudio o ejercicio hacia la propiedad intelectual hasta convertirse en materia de estudio regular a través de diversos máster o títulos propios en varias universidades españolas, amén de una inagotable lista de congresos internacionales, regionales y nacionales que se desarrollan cada año, y en los que la doctrina española tiene siempre presencia destacada. En este grupo, ya sin ánimo de exhaustividad debido a su extensión, cabe citar a José Miguel Rodríguez Tapia, José Manuel Ventura Ventura, Isabel Espín Alba, Fernando Bondía Román, Concepción Saiz García, Ángel Fernández-Albor Baltar, María Teresa Carrancho Herrero, Mariano Yzquierdo Tolsada, Eduardo Serrano Gómez, Ángel Carrasco Perera, Juan José Marín López, Juana Marco Molina, Rafael Sánchez Aristi, Sara Martín Salamanca, Alfonso González Gozalo, Ignacio Garrote Fernández-Díez, Luis Anguita Villanueva, José Carlos Erdozain López, Miguel Ángel Encabo Vera, Pilar Cámara Águila, Jorge Ortega Doménech, María Serrano Fernández, Susana Navas Navarro, Miguel Ángel Bouza, Raquel de Román Pérez, Clara Ruipérez de Azcárate y Fernando Igartua Arregui.

En efecto, las sucesivas reformas operadas sobre la LPI de 1987, habitualmente obligadas por la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las directivas comunitarias que sobre la materia y con fines armonizadores se llevaron a cabo, suscitaron una tendencia exponencial de la doctrina y la jurisprudencia hacia esta materia, que hasta la década de los noventa no pasó a

formar parte de planes de estudio con cierta regularidad y extensión. La producción científica sobre la materia se ha multiplicado en las dos últimas décadas, etapa en la que se han publicado un ingente número de trabajos doctrinales, probablemente, superior a todo lo que se publicó durante todo el siglo y medio precedente.

Así, la gran reforma modernizadora de la legislación francesa en la materia culminó en 1985 con la promulgación de la Ley nº 85-660, de 3 de julio de 1985, sobre el Derecho de Autor y Derechos de los Artistas Intérpretes, Productores de Fonogramas y Videogramas y Empresas de Comunicaciones Audiovisuales, avivando el debate y el análisis doctrinal y jurisprudencial, dándonos a conocer autores que antes de esa fecha ya habían destacado como tratadistas del derecho de autor y entre cuyos exponentes podemos mencionar Henri Desbois –que da nombre al instituto más prestigioso de Francia en la materia-, André Bertrand, André Lucas (Universidad de Nantes), o Bernard Edelman. En Alemania, el Instituto Max-Planck de Múnich había alcanzado para ese entonces un gran desarrollo en el estudio de la propiedad intelectual, impulsado, entre otras, por la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos 1965. Tratadistas nacidos de esa prestigiosa institución o de ámbitos similares han liderado la doctrina centroeuropea en algunos aspectos específicos; así, Adolf Dietz, Sibylle Schlatter, Thomas Dreier, Silke Von Lewinski, Michael Lehmann, Ulrich Loewenheim, Eugen Ulmer.

El Instituto Max-Planck es la mayor institución de investigación alemana de todos los tiempos, cuenta con sedes en varios países, y fueron sus directores, entre otros, Albert Einstein -que también trabajó durante años en la Oficina de Patentes de Berna, Suiza, en calidad de examinador-, Fritz Haber y Max Planck. La Sociedad Max-Planck, que es como se denomina todo el proyecto, se subdivide en secciones o áreas de estudio que se denominan “institutos”, de manera que uno de ellos es el *Instituto Max-Planck de bienes intangibles y de la competencia*, entre cuyos objetivos se hallan los de investigar las condiciones marco-legales para las innovaciones tecnológicas y la creación intelectual, así como identificar qué lugar ocupan temas como el Derecho de patentes o el Derecho de autor en el derecho general civil y económico a todos los niveles –nacional e internacional-, abordando todos los temas desde una perspectiva interdisciplinar. Con todo ello se quiere significar la importancia de una materia como el Derecho de autor –donde se incardina nuestro objeto de estudio- o la propiedad intelectual en sentido amplio en uno de los países más avanzados del mundo.

En el ámbito específico de la gestión colectiva de los derechos de autor, cuatro nombres sobresalieron en Europa y en América Latina: el español Antonio Delgado, el suizo Ulrich Uchtenhagen, el húngaro Mihály Ficsor y el mexicano Gabriel Larrea.

En América Latina varios tratadistas de derecho de autor crearon escuela e impulsaron su estudio, sobre todo a partir de la década de los años noventa, promoviendo así el desarrollo legislativo y doctrinal de la disciplina en todos los países del continente, en cuyo proceso la LPI de 1987 y la doctrina españolas dejaron traslucir su impronta. Son artífices principales de ese fenómeno Ricardo Antequera, Delia Lipszyc, Antonio Millé, Carlos Villalba y Fernando Zapata.

Por su parte, la OMPI, bajo la presidencia de Arpad Bogsch, aceleró el proceso de adhesiones a los instrumentos internacionales de cara al posicionamiento mundial que todos los países debían manifestar sobre la materia en los tratados ADPIC para integrar y armonizar la propiedad intelectual en el marco de la constitución de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1994. En paralelo se inició una etapa de revisión de los tratados administrados por esta organización, dando lugar a otros nuevos como los tratados de 1996 –WCT y WPPT-, el de Beijing de 2012 y el de Marrakech de 2013. Instrumentos cuya dilatada discusión y adopción propició, asimismo, un foco catalizador de interés de la materia para todo el mundo, especialmente para los países emergentes y en vías de desarrollo.

La doctrina internacional vinculada a los procesos legislativos y tratados administrados por la OMPI venía siendo tutelada por juristas como Claude Colombet, Claude Masouyé y Mihály Ficsor.

El anterior despliegue doctrinal hacia la institución de la propiedad intelectual rinde cuenta de la trascendencia jurídica que ha adquirido la propiedad intelectual en las últimas décadas, sin embargo, ha pasado por alto nuestro objeto de estudio -las interpretaciones audiovisuales-, tal vez por la dificultad de su estudio pragmático y teórico, así como por las intrincadas relaciones jurídicas que las envuelven en el tráfico jurídico, y tan solo encontraremos tangenciales referencias en el marco de estudio de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes -en muchos casos del ámbito musical-, mas nunca un tratamiento específico y muchos menos profundo, por lo que constituye para nosotros un gran reto, al tiempo que nos enfrentaremos a mayores dificultades que las que podríamos hallar en materias ampliamente tratadas. Reto y dificultades que se compensan con la satisfacción de poder verter algo de luz en un tema reiteradamente esquivado por la doctrina jurídica o, en otros casos, tratado parcial y



displicentemente. Modestamente, el presente estudio tratará de cubrir ese vacío de la mejor manera posible.

De otro lado, vivimos en la era de la imagen y, más concretamente, en la de la imagen en movimiento, que es tanto como decir que vivimos en la “era del audiovisual”. La imagen en movimiento, efectivamente, ha invadido todos los ámbitos de la vida, la industria, el comercio, el ocio, la cultura, la educación, el deporte, etc. Incluso en el terreno propio de la creación artística y de la industria cultural, los viejos paradigmas han tenido que ser revisados como consecuencia del protagonismo abrumador de la imagen en movimiento y audiovisual.

Hasta tal punto ello es así, que, siendo el sector audiovisual y el sector musical las dos industrias dominantes de la cultura, la creatividad artística y del mercado del ocio, tanto por sus dimensiones económicas como por su consumo masivo y su influencia socio-política y cultural, sin embargo, durante las dos últimas décadas, principalmente, se ha derrumbado el axioma de que la música entra por el oído al cerebro y el audiovisual a través de la vista, pues la música contemporánea también se convierte en imágenes audiovisuales a través de los videoclips para ser difundida por todo el mundo a través de los medios o sistemas de mayor poder de comunicación social, como es la televisión en todos sus formatos e Internet.

Las anteriores circunstancias y realidades tautológicas, empero, responden a una lógica evolución del ser humano y de la propia Civilización. El cerebro humano, en efecto, constituye y elabora los pensamientos, las ideas, los sueños y las soluciones creativas –la creatividad propiamente dicha-, a base de imágenes. Esto siempre ha sido así, pero sólo cuando en la evolución convergen estas capacidades de la mente humana con unos medios técnicos que permiten plasmar con mayor precisión y facilidad todos los productos de la mente -que son en imágenes, ya sean estáticas o en movimiento-, el *homo sapiens* alcanza, como en la vigente era, un estadio de expresividad sin precedente en toda la historia de la Humanidad.

Esta era de la imagen audiovisual, sin duda, se ha visto favorecida por los avances tecnológicos y muy especialmente por el desarrollo exponencial de las tecnologías digitales. Virtudes, capacidades y riesgos que en el ámbito de las interpretaciones audiovisuales se manifiestan con especial incidencia.

La siguiente etapa evolutiva, probablemente, vendrá marcada por otros desarrollos tecnológicos como hoy ya, en estadio incipiente, se asoman a nuestras vidas la robótica y la denominada

“inteligencia artificial”, en cuyo campo se prevé que los instrumentos técnicos no sólo desarrollen funciones lógicas, estandarizadas y automáticas, sino también sensibles y soluciones creativas singulares. Mas en esa fase y en ese contexto previsible, la imaginación, esto es, el pensamiento en imágenes seguirá ostentando el centro de gravedad de la evolución y de la creatividad en sentido amplio.

Con todo y como se verá, la imaginación, en cuanto que pensamiento en imágenes, es la base de la creatividad intelectual en general y la artística en particular. La imaginación es la clave fáctica y angular de la cuestión.

La LPI de 1987 es la norma que regula por primera vez en España los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y lo hizo en su Libro II bajo la rúbrica de “Otros derechos de propiedad intelectual”<sup>3</sup>, en tanto que la centenaria LPI de 1879<sup>4</sup> guardaba el silencio propio de una norma promulgada antes de la invención del propio cine. Ciertamente que la Convención de Roma de 1961 es, a su vez, la primera norma internacional que reconoció derechos intelectuales a los artistas, mas de facto no a los actores, y cabría preguntarse por qué el legislador español se demoró veintiséis años desde aquella referencia internacional para amparar en nuestro Ordenamiento derechos patrimoniales y morales a favor de tales artistas. Pues bien, al margen de otras posibles, una razón que debió incidir en tal circunstancia es el hecho de que España ratificase la Convención de Roma en 1991.

De otro lado, la evidente hegemonía de la industria cinematográfica y televisiva estadounidense, regida por el sistema del *Copyright*, unida a la tendencia natural del productor de llevar el establecimiento de las condiciones de ejercicio de los derechos, incluso la cesión de los mismos, al marco de las negociaciones, con preferencia de las individuales a las colectivas, ya que en ese ámbito le resulta más factible imponer sus criterios, explica la ausencia del productor audiovisual en la Convención de Roma y en tantas otras reglamentaciones de diverso ámbito y rango. Ello explica, asimismo, que la escasísima regulación internacional que se ha venido dispensando a los artistas del medio audiovisual se haya reducido a meras proclamas de algunos derechos de explotación de imposible ejercicio real en los términos que se regulaban.

---

<sup>3</sup> La rúbrica del Libro II del TRLPI, tras la Ley 5/1998, de 6 de marzo, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 96/9/CE, sobre la protección jurídica de bases de datos, reza del siguiente tenor: “De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección *sui generis* de las bases de datos”.

<sup>4</sup> Ley de 10 de enero de 1879, de Propiedad Intelectual.

Así sucedió en la Convención de Roma de 1961, cuyo art. 19, por vía de excepción, frustra de plano las expectativas que genera en su art. 7, al que vacía de contenido si se considera la dinámica de las prácticas contractuales en el sector audiovisual. Historia que desgraciadamente se repite con la LPI española de 1987, excepción hecha del derecho de remuneración por copia privada (art.25).

En España, el artista creador de una interpretación audiovisual tuvo que esperar a la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, la que instaure un régimen jurídico completo, coherente y actual de los derechos de explotación de los artistas intérpretes o ejecutantes, tanto referido a las actuaciones artísticas fijadas en fonogramas como en videogramas. Dicho régimen ha sido incorporado, finalmente, al vigente Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Los preceptos que el vigente TRLPI dedica a los artistas intérpretes o ejecutantes son, de modo directo, del 105 al 113, si bien por la remisión que opera el art. 132 al Libro I del TRLPI, también resultan de aplicación, con carácter subsidiario y en lo pertinente, el art. 6.1, los preceptos comprendidos en la Sección 2ª (derechos de explotación) del Capítulo III, del Título II, y en el Capítulo II del Título III (límites), salvo lo establecido en el párrafo segundo del apartado segundo del art. 37 (remuneración por préstamo), ambos del Libro I de la Ley, así como la atribución directa de la compensación por copia privada del art. 25. Todos esos preceptos conforman el contenido sustantivo, la naturaleza y límites de los derechos atribuidos a los artistas, en tanto que el Libro III de la ley (“de la protección de los derechos reconocidos en esta Ley”) les son igualmente de aplicación por referirse, sin distinción, tanto a los derechos reconocidos en el Libro I (“De los derechos de autor”) como a los regulados en el Libro II (“De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección *sui generis* de las bases de datos”).

Todo ello unido a las importantes reformas del sistema de gestión colectiva, operadas por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, sobre la que pivota en gran medida la efectividad de los derechos reconocidos a favor de los artistas. De todas esas novedades, más otras de menor rango o de incidencia más colateral en los derechos atribuidos a los artistas, rendiremos cuenta más adelante con ocasión del comentario puntual de cada uno de los preceptos afectados.

Por tanto, si tuviéramos que expresar con pocas palabras el estado actual de la cuestión en España, diríamos que: a).- dentro de lo que cabe y a diferencia de otras muchas legislaciones nacionales, el TRLPI contempla un marco completo de derechos patrimoniales y morales a favor del artista –actor- para proteger el fruto de su creación: la interpretación audiovisual; b).- dicho marco de derechos, sin embargo, presenta algunas deficiencias y tratamientos de menor rigor y nivel respecto de la regulación sustantiva de los derechos atribuidos a los autores nominales de las obras audiovisuales, cuyas aportaciones creativas concurren con las de los actores; c).- una de esas discriminaciones notables e injustificadas se concreta en la diversidad de plazos de protección o de duración de los derechos patrimoniales –extraordinariamente inferior respecto de los derechos del artista- y el *dies a quo* para el cómputo de dichos plazos; d) finalmente, el hecho de ubicar los derechos del artista –actor- en el Libro Segundo del TRLPI, en lugar del Primero, abona otros efectos de alcance diverso que podían evitarse de seguir otra técnica legislativa más ajustadas a la configuración jurídica y fáctica de las interpretaciones audiovisuales.

Conviene tener presente, asimismo, que en el ámbito internacional hasta fechas recientes ha existido una diferencia de nivel regulatorio o normativo entre los artistas y productores de fonogramas y los artistas y productores de obras, grabaciones o interpretaciones audiovisuales. El artista musical cuenta con la Convención de Roma de 1961 y con el WPPT<sup>5</sup> de la OMPI de 1996, donde se reconocen, además de un elenco de derechos de contenido económico, un mínimo de facultades morales sobre sus interpretaciones. Pero ese marco no garantiza al artista una protección adecuada a sus necesidades, sino que la realidad se encarga de evidenciar una paulatina pérdida de posición frente al productor fonográfico.

El artista del medio audiovisual, sin embargo y por desgracia, no ha contado con una regulación internacional de sus derechos de manera clara y eficaz, hasta la adopción del Tratado de Beijing de 2012, sobre Interpretaciones o Ejecuciones Audiovisuales, ya que, como se ha dicho, de un lado, la Convención de Roma de 1961 al titular de la interpretación audiovisual no le proporciona un marco idóneo de protección, y el Tratado OMPI de 1996 versa tan sólo sobre interpretaciones o ejecuciones sobre fonogramas.

El verdadero valor del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones o Ejecuciones Audiovisuales radica, por tanto, en ser la primera regulación internacional de un elenco completo de derechos a favor de los artistas del ámbito audiovisual, como en su flexibilidad y en su carácter de mínimos. La redacción definitiva implica un compromiso por parte de los Estados para proteger de manera

---

<sup>5</sup> Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

adecuada los derechos de los actores, pero no impone un modelo único para articular dicha protección, es decir, cada país podrá trasladar las disposiciones mínimas del Tratado a su legislación nacional en el modo que estime más adecuado.

Ahora bien, la virtualidad real del Tratado queda supeditada a su entrada en vigor (tres meses después de que lo hayan ratificado treinta países) y posterior ratificación y aplicación por los Estados miembros, si bien se debe destacar que ya en la Conferencia Diplomática en que fue adoptado el mismo fue firmado por 48<sup>6</sup> Estados miembros de la OMPI.

Finalmente, la ausencia hasta 2012 de norma internacional no ha impedido, sin embargo, que las legislaciones nacionales de un gran número de países sí hayan atribuido derechos a los artistas del ámbito audiovisual, siendo la legislación española (TRLPI) un claro ejemplo de ello, así como la mayor parte de las legislaciones europeas. Cuestión distinta, y ello constituye el objetivo principal de esta investigación, es si esas regulaciones son adecuadas a las demandas que un bien jurídico como las interpretaciones audiovisuales exige en consideración a las dimensiones jurídicas, económicas, sociales y culturales que han alcanzado a la altura del presente siglo XXI.

#### **4.- METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.**

La metodología que se propone seguir en el presente estudio es la que se corresponde con la lógica-deductiva, esto es, yendo de lo general a lo particular, abordando y agotando todos los enfoques y análisis posibles hasta cerrar los argumentos conclusivos sobre cada extremo estudiado, ya sea parcial, completo, directo, indirecto, colateral o medular.

A tal fin, el tratamiento científico de cada uno de los extremos y objetivos planteados se afrontará de manera específica partiendo de los antecedentes normativos, nacionales e internacionales, vigentes e históricos, que acompañan a cada una de las realidades o cuestiones incardinadas en los distintos capítulos, identificando *ab initio* el estado de la cuestión y los problemas que ofrece cada tema. Tras esa delimitación previa se acomete la tarea de desarrollar cada uno de los asuntos, figuras o elementos de las diferentes materias concurrentes, acudiendo a todas las herramientas jurídicas –normativas, doctrinales y jurisprudenciales–, así como de otros

---

<sup>6</sup> Vid. Memorando de la Secretaría (AVP/DC/22, de 9 de julio de 2012), relativo a la Firma del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales.

campos de conocimiento conexos que sean precisos en cada caso, para desarrollar el análisis de cada extremo y hallar las aportaciones que del mismo sean de interés o apoyo a la tesis general.

Para el estudio de cada cuestión específica, asimismo, se acudirá con carácter general al tratamiento que la misma ha recibido por parte de la doctrina y la legislación –nacional, comunitaria e internacional-, así como de las resoluciones judiciales y administrativas de ámbitos diversos que, igualmente y en atención a cada materia, resulten de aplicación.

Lo anterior no es óbice para traer también a colación -cuando el objeto de estudio así lo requiera- las prácticas contractuales, o los usos de un sector tan específico como es el de la producción audiovisual, así como estudios tan singulares como son los que nos ha de permitir discernir y exponer las distintas fases de la actividad creativa del actor o las diferentes dimensiones de nuestro objeto de estudio principal. En efecto, una entidad jurídica tan compleja como la interpretación audiovisual, además integrada en un contexto de mercado audiovisual, publicitario y cultural tan especializado y competitivo, obliga a ampliar los ángulos y análisis para realizar un diagnóstico riguroso y establecer conclusiones y propuestas de solución jurídicas acordes con esas circunstancias.

Consecuentemente, las fuentes de información, estudio y consulta comprenderán tanto textos normativos como resoluciones judiciales de diferentes ámbitos–nacionales, comunitarios e internacionales- y administrativas, ocupando un lugar destacado las publicaciones especializadas en propiedad intelectual, creatividad, arte, interpretación, teatro, cine y televisión, así como otras publicaciones más generales sobre filosofía, metafísica y psicología. Junto a las publicaciones y fuentes jurídicas referidas, acudiremos también a estudios de mercado y econométricos del sector audiovisual, a las prácticas contractuales relacionadas con el objeto de nuestro estudio en todos sus niveles y ámbitos, a artículos de opinión publicados en la prensa y en revistas especializadas.

Para la redacción de referencias bibliográficas y de citas de fuentes y recursos de información (v.gr., monografías, publicaciones seriadas, contribuciones, etc.) se han seguido las directrices proporcionadas a tal efecto por la Norma Española UNE-ISO 690.

Finalmente, cabe apuntar que el desarrollo metodológico y estructural del presente trabajo, en el que se imbrican aspectos multidisciplinares o exclusivamente jurídicos pero de considerable enjundia, hace conveniente fijar al final de aquellos epígrafes que así lo ameriten, bien por su

complejidad o bien por el aporte que su contenido pueda hacer en beneficio de la construcción jurídica de que se trate, una o varias conclusiones parciales, bien de carácter argumentativo o a modo de premisa. La esencia de tales conclusiones parciales e innominadas en muchos casos, a su vez, integrará las conclusiones también de carácter parcial –por no ser aún definitivas o finales- y/o recopilatorio con las que se cierran cada capítulo –excepto este primero que, obviamente, carece de ellas-, cuya esencia, asimismo, conformará, lógicamente, las conclusiones finales y generales del presente estudio.

Esa metodología de investigación nos ira dando como frutos parciales una serie de piezas argumentales y conclusivas con las que iremos construyendo, de menos a más, toda la arquitectura jurídica de las interpretaciones audiovisuales hasta alcanzar las conclusiones finales y generales, algunas de las cuales orientan su virtualidad hacia una futura oportunidad *de lege ferenda*.

## **5.- ESTRUCTURA FORMAL DEL ESTUDIO.**

El plan de desarrollo de todos los objetivos y aspectos planteados en la presente investigación pretenden ser desarrollados conforme a la siguiente estructura formal:

1º.- En el Capítulo II (*Delimitaciones conceptuales y fundamentos jurídicos en torno a las interpretaciones audiovisuales*), considerando la especialidad de la materia, hemos apreciado la formulación de un primer bloque de definiciones y acotaciones conceptuales que integraría, luego del presente primer Capítulo (I) introductorio, un Capítulo segundo (II), con lo que se pretenden sentar, siquiera con carácter instrumental, las bases terminológicas y conceptuales de las que se harán uso a lo largo de toda la Tesis. Conectado con la dimensión conceptual de la materia se halla el tema de la fundamentación jurídica que colige la protección otorgada por la institución a las interpretaciones audiovisuales, que será objeto de análisis en el último tramo del capítulo. Tal vez una de las principales dificultades de estudio de la materia de propiedad intelectual en general y de las interpretaciones audiovisuales en particular sea, precisamente, la falta de rigor conceptual que en ocasiones el legislador o la jurisprudencia han puesto de manifiesto. Por ello, con esta parte conceptual, terminológica y de fundamentos quisiéramos contribuir a una mejor comprensión de la materia y de los argumentos y conclusiones que se establezcan a lo largo del presente trabajo.

**2º.-** En el Capítulo III (*Dimensión creativa, artística, económica y social de las interpretaciones audiovisuales*), partiendo de la dificultad de entendimiento, comprensión y estudio del régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales, se pretende clarificar el verdadero trabajo creativo del actor, con el ánimo de superar la ausencia de antecedentes jurisprudenciales y doctrinales que ahonden en esta cuestión, y mostrar una serie de intereses, principalmente económicos, que han concurrido en la producción y explotación de tales bienes jurídicos, soslayando las relevantes dimensiones económicas y sociales que adquiere la aportación intelectual del intérprete audiovisual a este sector. Por tanto, y ello constituye una gran novedad –en terminología autoralista: originalidad- trascender de los parámetros estrictamente jurídicos para ahondar en aquellos de índole fáctica que nos puedan alumbrar otra visión de los supuestos de hecho que las normas pretenden proteger. Acudiremos para ello al sentido auténtico de la creatividad y al proceso creativo del ser humano, para poner de manifiesto que todos los procesos creativos se basan en idénticas capacidades mentales y tan solo varían en la forma y en los medios de externalizarlos. También indagaremos, en particular, el trabajo artístico y el proceso creativo del actor con la ayuda de la dramaturgia, la dirección escénica, la filosofía, la producción audiovisual y todos cuanto intervienen en la actividad del actor. Asimismo, se tratará de evidenciar el peso económico y social de las interpretaciones audiovisuales, como un argumento más a favor de una regulación jurídica de las mismas acorde a su dimensión económica y social. Finalizaremos por llevar esas premisas fácticas a conclusiones y premisas fundamentales para propiciar, ya sin vacilaciones, una protección justa, equilibrada y coherente de tales bienes.

**3º.-** A través del Capítulo IV (*Los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones audiovisuales*), superado el debate de la fundamentación jurídica y fáctica de la protección de las interpretaciones audiovisuales, nos encontraremos en condiciones de afrontar el estudio de los derechos patrimoniales previsto en nuestra LPI con el objeto de garantizar el contenido económico de los intereses de los intérpretes como titulares de derechos de propiedad intelectual. Todo ello en consonancia con el derecho sustantivo previsto en la normativa vigente, las prácticas contractuales del sector de la producción audiovisual, la realidad fáctica y de seguridad jurídica que ha de propiciar la norma, y su interpretación, ante la multiplicidad de usuarios o explotadores de las interpretaciones audiovisuales por un lado, y de intérpretes audiovisuales por otro, bajo un sistema de cesión de derechos exclusivos presuntivo y un sistema de gestión colectiva obligatoria de los derechos de remuneración, impuesto por el legislador como garantía de la real efectividad de los derechos de los artistas.



- 4º.- El Capítulo V (*Duración y límites de los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones audiovisuales*), como corolario del anterior, y habida cuenta del propósito prefijado de ofrecer una descripción completa y rigurosa del alcance de las facultades patrimoniales que ostenta el artista, se abordan las cuestiones relativas a su duración y límites sustantivos.
- 5º.- El Capítulo VI (*Los derechos morales sobre las interpretaciones audiovisuales*) aborda cuestiones de extraordinaria dificultad o enjundia jurídica, pues se acomete la doble tarea de analizar la protección de las facultades morales del artista sobre su propia creación, cohonestando el régimen de protección que le atribuye nuestro ordenamiento constitucional sobre elementos de la personalidad tales como su honor o imagen, siendo que el actor en particular tal vez sea, de entre las diferentes categorías de creadores, el que más compromete tales atributos en el desarrollo de su actividad artístico-creativa, aunando y vinculando unos y otros bienes jurídicos en un mismo *corpus mechanicum* para constituir una suerte de unidad de destino.
- 6º.- A través del Capítulo VII (*El ejercicio de los derechos sobre las interpretaciones audiovisuales: la gestión colectiva*) se estudia, sin perder de vista la Tesis central de este trabajo, las diferentes formas de ejercicio que prevé nuestra ley para que los derechos de contenido económico que reconoce al actor sobre sus interpretaciones audiovisuales alcancen su máxima eficacia, de entre cuyas formas destacaremos y estudiaremos exhaustivamente la gestión colectiva, con especial hincapié en la recta descripción de las especiales facultades y obligaciones que nuestra ley impone a las entidades de gestión, a la vista de los recientes cambios en materia de control y transparencia incorporados por nuestro legislador, así como de los inminentes cambios a los que se enfrenta con motivo de la obligada trasposición de la Directiva sobre gestión colectiva.
- 7º.- El Capítulo VIII (*La protección de las interpretaciones audiovisuales extranjeras en España*) profundiza sobre los criterios que nuestra ley diseña en el art. 164, y concordantes, destinados al ámbito de aplicación de los intérpretes extranjeros, a través del juego de los distintos puntos o criterios de vinculación, y los principios y normas que imponen, a su vez, las normas de derecho internacional privado y público. Todo ello incidiendo en una cuestión de especial relevancia: como es el régimen de protección dispensado en España a los actores de EEUU y de los demás países ajenos a la UE.

- 8°.-** En el Capítulo IX (*La protección de las interpretaciones audiovisuales bajo el sistema del Copyright anglosajón*) se estudia en profundidad la protección que se dispensa a los actores y a las interpretaciones audiovisuales en los países en los que rige el referido *Copyright*, determinando las diferencias y concurrencias con el sistema continental de Derecho de Autor, al que se adscribe nuestro ordenamiento. En dicho propósito nos detendremos con especial interés en el estudio del régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales en los EEUU.
- 9°.-** El Capítulo X (*Las interpretaciones audiovisuales en el derecho comparado, comunitario e internacional*), como no podía ser de otro modo, en aras de la exhaustividad que se persigue con este trabajo, resulta ineludible ahondar en el régimen sustantivo de protección de los artistas en otras legislaciones y en las normas de ámbito supranacional. Ello nos ha de permitir valorar e incidir en la necesidad de mejorar y armonizar la protección de los actores y de las interpretaciones audiovisuales a nivel internacional, regional y nacional, habida cuenta las desigualdades existentes.
- 10°.-** El Capítulo XI, (*Especial análisis del Tratado de Beijing de 2012 sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales*) se inspira en ese mismo criterio de exhaustividad, abordando, quizá por primera vez en el ámbito de la dogmática jurídica, el estudio del reciente e histórico Tratado, y la potencialidad del mismo de cara a una armonización a nivel internacional de los derechos de propiedad intelectual de un colectivo como es el de los intérpretes audiovisuales, huérfano hasta fechas muy recientes de una norma de tales características.
- 11°.-** El Capítulo XII, (*Conclusiones Generales*) cierra el presente estudio estableciendo el conjunto de conclusiones fundamentales que hemos alcanzado sobre todos los extremos planteados.

## ***CAPÍTULO II***

# **DELIMITACIONES CONCEPTUALES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN TORNO A LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES.**

### **1.- CONSIDERACIONES GENERALES.**

La especialidad y complejidad de la materia requiere una delimitación previa de carácter jurídico-conceptual del objeto de estudio: la interpretación audiovisual. Delimitación que, a su vez, exige indagar los elementos esenciales de dicho objeto, tanto en su dimensiones objetivas como subjetivas, desde un punto de vista también conceptual, regulatorio y doctrinal. Solo así estaremos en condiciones de afrontar el examen exhaustivo que nos proponemos de las interpretaciones audiovisuales.

Uno de los principales obstáculos para el estudio, comprensión y entendimiento de una materia especializada como la propiedad intelectual lo constituye los conceptos y la nomenclatura, también especial, de la institución. De manera que solo a través de un conjunto de definiciones y delimitaciones conceptuales precisas podremos sentar las bases instrumentales para adentrarnos en el estudio propuesto. Asimismo, para poder establecer un hilo argumental coherente se hace necesario compartir y describir *ab initio* el concepto y definición de cuantos elementos esenciales van a entrar en juego a lo largo de la presente Tesis, sin perjuicio de que los mismos se llenen de matices y contenidos durante su desarrollo.

Las delimitaciones y acotaciones que se proponen en el presente Capítulo, debe advertirse, se han de entender en un afán aclaratorio, básico e instrumental, al tiempo que coadyuvante de una investigación y de un pensamiento que pretenden ir de menos a más, de lo general a lo particular, para alcanzar las conclusiones que todo el análisis determine. Por lo que el método de razonamiento e investigación que proponemos es el lógico-deductivo, en el que las delimitaciones conceptuales y las premisas serán fundamentales para inferir el fruto de las conclusiones.

Esa necesidad delimitadora inicial la entendemos como propicia, precisamente y a mayor abundamiento, por el carácter relativamente ilimitado del ámbito de estudio y del pensamiento – nunca finito y estático- del ser humano respecto un determinado tema, como puede ser el elegido para esta Tesis.

## **2.- DELIMITACIONES PREVIAS: ASPECTOS TERMINOLÓGICOS.**

### **2.1.- Propiedad intelectual vs. Derecho de autor.**

Como es sabido, la propiedad intelectual en sentido amplio comprende tanto la propiedad industrial –que, a través de diversas instituciones (v.gr., patentes, marcas, diseños industriales, topografías de semiconductores, etc.) protege las invenciones, diseños, signos identificativos de productos y servicios, etc.-, como la propiedad intelectual o derecho de autor –que protege, en esencia, la creación literaria, artística y científica, es decir, la originalidad en la forma de expresar o plasmar externamente las ideas.

Y dentro de lo que nuestro legislador decimonónico y actual denominan propiedad intelectual – en lugar de seguir la nomenclatura comparada y de tradición francesa de bautizar a esta rama como “derecho de autor”<sup>7</sup> - comprende los derechos que la Ley de Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, LPI o TRLPI a partir de 1996) atribuye al autor propiamente dicho en su Libro I y a los demás titulares de los que denomina “otros derechos de propiedad intelectual” en su Libro II, en cuyo seno acoge, en efecto, una amalgama heterogénea de titulares -y de creaciones-, entre los que hallamos a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales, entidades de radiodifusión, editores de obras inéditas en dominio público y demás obras no protegidas, fotógrafos de “meras fotografías” y al fabricante de bases de datos.

Una parte de la doctrina<sup>8</sup> considera que nuestro legislador perdió la oportunidad en la LPI de 1987 de armonizar la nomenclatura con la internacional y con el Derecho comparado. La

---

<sup>7</sup> Nótese, por ejemplo, cómo el Código francés de la propiedad intelectual (*Code de la propriété intellectuelle*) se divide en tres partes, dedicándose la primera de ellas a la propiedad literaria y artística (*La propriété littéraire et artistique*), que a su vez incluye el derecho de autor y los denominados derechos vecinos a los derechos de autor, y regulando la segunda parte la propiedad industrial (*La propriété industrielle*). La tercera parte contiene las disposiciones relativas al ultramar. Estamos, por tanto, en desacuerdo, con BAYLOS CORROZA cuando afirma que “en la concepción francesa se hacen equivalentes las expresiones *propriété intellectuelle* y *droit d’auteur* [o *propriété littéraire et artistique*]”, pues lejos de ser equivalentes, en realidad, y como hemos dicho, la propiedad intelectual constituye el género, del que el derecho de autor es una especie – BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, Tratado de derecho industrial, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 82.

<sup>8</sup> Entre la que destacamos a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que a la sazón recuerda que “durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de la Ley 22/1987 [de propiedad intelectual] se criticó el hecho de que el mismo mantuviese la

denominación “propiedad intelectual” se ve reforzada y corroborada por los arts. 428 y 429 de nuestro primer Código civil, al integrar dentro de “algunas propiedades especiales” del Título IV, Libro II, un capítulo III bajo la rúbrica “De la propiedad Intelectual”. Curiosamente, el art. 428 Cc dispuso desde su promulgación que “El autor de una obra literaria, científica o artística tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad”, lo que puso de manifiesto que, al margen de la nomenclatura enunciativa, en el cuerpo normativo se siguen las tendencias internacionales –pues ya se había aprobado el primer tratado internacional y multilateral en la materia: el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, de 1886- y las de Derecho comparado de la época.

Para otro sector doctrinal<sup>9</sup> la opción de la “propiedad intelectual” para referirse al derecho de autor y la de “propiedad industrial” para todo lo concerniente a las marcas, patentes, etc., era adecuado y conciliador con nuestra tradición jurídica. Además, sobre los sucesivos proyectos legislativos patrios que sobre la materia se vivieron a lo largo del siglo XIX ejercieron sus respectivas influencias tanto los principios de la Revolución Francesa –con un sesgo más espiritualista en algunos aspectos como la creación intelectual-, como el incipiente *Copyright* norteamericano y el destacado Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra de 1710, de corte más mercantilista y, sobre todo, de contenido exclusivamente patrimonial.

Tales influencias determinan en cierta medida que nuestra LPI de 1879 oriente sus preceptos más sustantivos hacia la protección del objeto de la propiedad intelectual –la obra- que hacia el autor o editor de las mismas. Los postulantes de esta opción terminológica y decimonónica vieron en 1978 corroborada su tesis al decantarse mayoritariamente la doctrina científica y jurisprudencial por ubicar la institución en el art. 33 de nuestra Carta Magna. Opción que luego incorpora la LPI de 1987 y que siempre ha predominado en nuestro sistema de propiedad intelectual.

---

denominación tradicional de propiedad intelectual para designar el derecho de autor. Esta denominación, generalizada en el derecho comparado, se ha venido a considerar como más adecuada para superar la concepción que atribuye al autor un derecho de propiedad sobre su obra”, añadiendo que “la denominación del derecho de autor es más descriptiva y aséptica y, consecuentemente, se presta mejor a contenidos de cualquier tipo, incluidos los de índole personalísima o moral” –BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 21.

<sup>9</sup> El mismo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, tras indicar admitir que “en principio el derecho de propiedad no es adecuado para dar cabida a facultades o poderes jurídicos de naturaleza moral”, señala, no obstante, que la opción de nuestros legisladores en esta cuestión no es criticable, habida cuenta que su calificación de “propiedad” permite aplicar con carácter supletorio “las reglas generales (comunes) de la propiedad para integrar las lagunas derivadas de la legislación especial”, así como los arts. 28 a 30 del Tratado Constitutivo de la CE (actualmente arts. 34 a 36 TFUE) –BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, 3ª ed., *óp. cit.*, pág. 21. BAYLOS CORROZA, por su parte, confiesa que el empleo de la expresión “propiedad intelectual” no le produce ninguna repugnancia, toda vez que la misma “tiene a su favor una tradición, sobre todo legislativa, que justifica su uso, perfectamente compatible con la adopción de una posición doctrinal sobre la naturaleza jurídica de esta institución, que no sea la del derecho de propiedad” –BAYLOS CORROZA, *Hermenegildo, Tratado de derecho industrial*, 2ª ed., *óp. cit.*, pág. 83.

Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico la institución de la *Propiedad Intelectual* se corresponde con el objeto que en el Derecho internacional y comparado integra el *Derecho de Autor*, y, en su vertiente patrimonial, con lo que se conoce como *Copyright* en los países regidos por el *Common Law*.

## **2.2.- Derecho de autor vs. “otros derechos de propiedad intelectual”.**

### **2.2.1.- Aspectos terminológicos.**

Nuestra legislación nacional, no obstante apartarse de la corriente comparada e internacional a la hora de calificar la institución, sin embargo, a nivel de contenido, estructura y sistemática hace seguidismo absoluto de la inmensa mayoría de legislaciones nacionales que acogen el sistema de derecho de autor.

La primera consecuencia de ello es la división regulatoria entre los derechos que atribuye al autor sobre sus obras o creaciones (Libro I: *De los derechos de autor*), y los derechos que atribuye a otra serie de titulares sobre sus creaciones o para proteger sus inversiones (Libro II: *De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección sui generis de las bases de datos*<sup>10</sup>), estableciendo un nivel protector superior y más reforzado en determinados aspectos para el autor en relación con el artista y los demás titulares de derechos reconocidos. A este Libro le sigue un III sobre “la protección de los derechos reconocidos en esta Ley” de cierto carácter unificador, tal vez donde hay motivos verdaderos para diferenciar en función de la modalidad de derechos que atribuye a unos u otros titulares. Y cierra su contenido con un Libro IV (“Del ámbito de aplicación de la Ley”) en el que, de nuevo, establece marcadas diferencias entre los diferentes titulares, tal vez justificados en este caso por el tratamiento también diferenciado que reciben en el ámbito internacional y comparado, a los que queda vinculado el ámbito de aplicación de nuestra LPI. Por tanto, nuestro legislador también perdió en este terreno una oportunidad de oro en 1987 para haber limado diferencias injustificadas entre los diferentes titulares originarios o creadores -entre autores y artistas, fundamentalmente- y tal vez la fórmula hubiera pasado por regular los derechos de ambas modalidades de titulares en el Libro I y

---

<sup>10</sup> En adelante, la exposición se centra en aquellos “otros derechos” calificados como derechos afines o conexos (derechos de los artistas, productores y entidades de radiodifusión), dejando al margen la protección de las meras fotografías o de determinadas producciones editoriales, así como el derecho *sui generis* de las bases de datos (regulada en el Título VIII, del Libro II), cuya razón de ser es proteger determinadas inversiones económicas, el cual, atendiendo a la opción del legislador comunitario, no es reconocido como derecho afín o conexo.

distinguir entre los que crean y los que invierten o explotan los frutos de la creación hubiera constituido un elemento clarificador de inapreciable valor<sup>11</sup>.

Mas no solo perdió dicha oportunidad nuestro legislador de 1987, sino que a nivel conceptual y terminológico, volvió a separarse de las corrientes comparadas e internacionales para calificar los derechos atribuidos a titulares diferentes del autor nominal. Así, en lugar de las denominaciones más comunes de tales derechos – *conexos*, *afines* o *vecinos*-, nuestro legislador optó por denominarlos “Otros derechos de propiedad intelectual”<sup>12</sup>, cuyo contenido se regulaba de manera agrupada por primera vez en España a través del Libro II de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987<sup>13</sup>. Bajo dicha rúbrica nuestra norma nacional alberga un conjunto heterogéneo de derechos de naturaleza intelectual atribuidos a una pluralidad de titulares, igualmente, diverso (artistas, productores, radiodifusores, etc.). Hasta la promulgación de esa norma, que sustituía la centenaria LPI de 1879<sup>14</sup>, los artistas intérpretes o ejecutantes no gozaban en nuestra legislación de derechos de esa naturaleza, no obstante su regulación en normas de ámbito internacional<sup>15</sup>, en algunos casos.

Por tanto, aunque en la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) se denominan “otros derechos de propiedad intelectual”, estos derechos también son denominados derechos *afines*, *conexos* o *vecinos* en la gran mayoría de legislaciones nacionales extranjeras y en el Derecho internacional. Y son llamados derechos afines, conexos o vecinos porque tienen cierta “afinidad”, “conexidad” o “vecindad” con otros derechos que también están reconocidos previamente en las normas nacionales e internacionales: los derechos del autor<sup>16</sup>. Pero, como hemos avanzado, bajo esa rúbrica se agrupan de forma heterogénea los derechos de los artistas (auténticos creadores originarios) junto a otros derechos de propiedad intelectual atribuidos a titulares diversos:

---

<sup>11</sup> Empero, precisamente, esa diferenciación entre los derechos de autor, regulados en el Libro I, y aquellos “otros derechos de propiedad intelectual” del Libro II, halla su inspiración y responde a la atribución del carácter de “afines, conexos o vecinos”, de honda raigambre en la doctrina y otras normas nacionales en el momento en que la protección de estas categorías de titulares - heterogénea, como se ha dicho-, es incorporada en el Libro II de la LPI de 1987.

<sup>12</sup> La rúbrica actual y completa del Libro II del TRLPI, tras la Ley 5/1998, de 6 de marzo, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 96/9/CE, sobre la protección jurídica de bases de datos, reza del siguiente tenor: “De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección *sui generis* de las bases de datos”.

<sup>13</sup> Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.

<sup>14</sup> Ley de 10 de enero de 1879, de Propiedad Intelectual.

<sup>15</sup> Así, entre otros instrumentos internacionales, destacamos la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961 (ratificado por España el 2 de agosto de 1992) y el Convenio de 29 de octubre de 1971 sobre la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.

<sup>16</sup> Respecto a la consideración en el Convenio de Roma del derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes como un derecho conexo o afín al derecho del autor, dice BERTRAND que “carece de justificación jurídica o económica” y que “su única justificación es técnica” – BERTRAND, André, *El derecho de los artistas intérpretes en el derecho inglés y en el derecho estadounidense*, Revue du Droit de la Propriété Intellectuelle, núm. 68., octubre 1997, pág. 1.

productores, radiodifusores, etc.<sup>17</sup> Compartimos la opinión de PÉREZ DE CASTRO al mantener que el tratamiento conjunto, aunque diferenciado, de los otros derechos de propiedad intelectual en el ordenamiento jurídico español da “la sensación de estar ante un cajón de sastre”, por la disparidad de los supuestos que agrupa bajo la misma rúbrica<sup>18</sup>.

En esta misma línea doctrinal, ANTEQUERA PARILLI también rechaza la agrupación arbitraria de los derechos atribuidos a todos estos sujetos. Dice que “no puede confundirse el derecho intelectual del artista con otros derechos que se han agrupado de forma artificial bajo la denominación de derechos ‘conexos’ o ‘afines’ al derecho de autor. La regulación que se concede a estos derechos no puede subordinar los intereses morales o materiales del artista, ya que la interpretación del artista, objeto de protección, está fundada en una labor intelectual, mientras que la actividad de los productores de fonogramas o los radiodifusores está asentada en una base fundamentalmente industrial y comercial”<sup>19</sup>.

Y hasta fechas muy recientes un sector de la doctrina científica y el legislador en sentido amplio han puesto de manifiesto ciertas dificultades para asumir la naturaleza intelectual de tales derechos, así como la terminología usual para referirse a los mismos. Esos reparos, en nuestra opinión, son consecuencia directa de al menos tres circunstancias, a saber: i) una errática sistemática de las normas nacionales e internacionales sobre derechos de autor, que, herederas de disparidades temporales notables en el reconocimiento de unos y otros derechos, han regulado por separado los derechos de autor respecto del grupo de derechos denominados afines, vecinos o conexos, subyaciendo en esos procesos de positivización prejuicios de diversa índole alimentados, en gran medida, por las preocupaciones económicas de algunas sociedades de gestión de autores, ya asentadas con cierta o absoluta hegemonía en las fechas en las que se regulan por primera vez los otros derechos de propiedad intelectual<sup>20</sup>; ii) la anterior demora histórica y el consiguiente vacío normativo trajo como efecto colateral, a su vez, una orfandad doctrinal sobre la materia y, en el mejor de los casos, una aproximación hacia tales derechos desde la perspectiva del sistema de protección consolidado para los autores y extendido por la fuerza de las entidades de gestión de éstos hacia cualquier nueva forma de creación o

---

<sup>17</sup> VARELA RODRÍGUEZ, Carlos en *La protección del derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes*, III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Tomo I, editado por Gobierno de la República Oriental del Uruguay, OMPI e IIDA. Uruguay, 1997, pág. 432.

<sup>18</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Los derechos morales del artista sobre las interpretaciones audiovisuales*, Encuentro “Artistas intérpretes, propiedad intelectual y sociedad de la información”, organizado por AISGE, en colaboración con el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, junio 2001, pág. 1 de su ponencia.

<sup>19</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes*, discurso pronunciado durante el II Congreso Iberoamericano de Derechos de Autor y Derechos Conexos, celebrado en Lisboa los días 15 a 18 de noviembre de 1994, y publicado en *Num Novo Mundo do Direito De Autor*, Tomo II, Ed. DGESP/Cosmos, Lisboa, 1994, págs. 563 y 573.

<sup>20</sup> Recuérdese que la Convención de Roma de 1961 nace casi un siglo después que la de Berna.



explotación de las obras (primero el libro, la partitura y la pintura, luego dicha partitura interpretada y fijada en un fonograma, y, finalmente, a las anteriores formas de protección de la autoría se sumó el director-realizador y el guionista de obras o grabaciones audiovisuales); iii) la inoportuna confusión creada por la Convención de Roma al regular en un mismo cuerpo los derechos de los artistas, de los productores de fonogramas y de los radiodifusores, que se trasladó con dispar fortuna a las diferentes legislaciones nacionales para formar una suerte de *totum revolutum* o “cajón de sastre” del que deberían haberse excluido - por tratarse en efecto de derechos de igual naturaleza y justificación que los atribuidos a los autores de las obras- los derechos de los artistas, llamados a integrarse con los de los autores, como veremos, por responder al mismo fundamento y resultar ser las dos únicas categorías de creadores frente a aquellas otras que aportan capital y organización empresarial o que explotan las creaciones intelectuales de aquéllos.

No siendo las tres circunstancias anteriores las únicas, sin embargo, son suficientes para explicar cómo se han ido generando las dudas doctrinales que recientemente se van disipando, al menos, respecto de los derechos atribuidos a los artistas, y cómo el legislador nacional, tímidamente, va desterrando alguno de los prejuicios que han reinado en la materia. Sucede no obstante y en el mejor de los casos, que, dentro de las categorías de titulares comprendidos en los derechos afines, vecinos o conexos reguladas bajo la denominación común de “otros derechos”, la de los artistas intérpretes o ejecutantes, aun contando con una regulación más extensa -tanto de sus facultades morales como patrimoniales- que el resto de titulares de derechos vecinos, sin embargo, sigue sin responder en varios aspectos a la verdadera dimensión creativa y económica que las interpretaciones o ejecuciones artísticas han alcanzado en el actual contexto de mercado y de desarrollo tecnológico.

Sabido lo anterior, ahora estamos en mejor disposición para comprender las razones que han guiado a la doctrina, a la jurisprudencia y a las legislaciones de diverso ámbito para calificar a estos derechos de naturaleza intelectual, sobre todo los de los artistas, de afines, vecinos o conexos respecto de los reconocidos a los autores. Bajo esa perspectiva, la denominación adoptada por nuestra legislación –*otros derechos de propiedad intelectual*– se ajusta más a la naturaleza de los que se atribuyen al artista, en cuanto que creadores o titulares originarios de sus interpretaciones, en tanto que para el resto de titulares integrados en el mismo epígrafe tal vez resulte excesiva.

Por tanto, de las categorías de titulares de derechos conexos reguladas bajo la misma rúbrica, la de artistas intérpretes o ejecutantes, aun contando con una regulación más extensa y detallada que el

resto de titulares de derechos vecinos, la misma no responde a la verdadera dimensión creativa y económica que las interpretaciones o ejecuciones artísticas han alcanzado en el actual contexto de mercado y de desarrollo tecnológico.

Y si las anteriores circunstancias, sin ser las únicas, han marcado una calificación legal errática y peyorativa de los derechos de naturaleza intelectual que la norma atribuye al artista, se han de tener presente a lo largo de este trabajo para poder contextualizar adecuadamente las premisas, los argumentos y las conclusiones que abogan por una regulación más justa y coherente con la realidad de las cosas y los bienes jurídicos que se pretenden proteger, en nuestro caso las interpretaciones audiovisuales.

Con todo, cabe afirmar y concluir rotundamente que los derechos de propiedad intelectual atribuidos a los artistas, como no puede ser de otra manera – y por más que se empeñen determinados intereses concurrentes en distraer y en forzar normas de blindaje del contenido económico de otros derechos-, gozan de la misma naturaleza, fundamento y cualidades que los atribuidos al autor nominal, solo que proyectados sobre bienes u objetos jurídicos diferentes: la obra en su conjunto respecto de los unos (autores) y las interpretaciones o prestaciones artísticas respecto de los otros (artistas), ya se integren éstas en dichas obras o constituyan creaciones autónomas.

#### **2.2.2.- Relaciones entre los derechos del autor y los derechos del artista: la ausencia de jerarquías.**

Los anteriores aspectos terminológicos, lógicamente, conllevan consecuencias prácticas y de contenido jurídico, pues la confusión y el tratamiento discriminatorio no surgen por generación espontánea sino que responden a una intención, en este caso, claramente económica. Obviamente la propiedad intelectual como institución fija sus fundamentos esenciales en procurar una contraprestación económica al titular de un derecho sobre una creación. Cómo se articule este fundamento y objetivo prioritario del derecho de autor, más allá de las facultades e intereses morales concernidos, es cuestión de cada legislación y del sentido conceptual que se atribuya a cada derecho. Si una denominación peyorativa ya induce una semántica de menor rango, cuando el derecho se desarrolla en la norma con más limitaciones o condicionantes también se coadyuva a un menor rendimiento pragmático, económico o utilitario del mismo y, todo ello, redundando finalmente en un reconocimiento y en una eficacia también más débil respecto de los derechos adecuadamente calificados, regulados y dotados de medidas eficaces de ejercicio.

Con todo, lo que ni la *mens legislatoris* ni la *mens legis* han podido soslayar es la naturaleza idéntica, aunque con alcances ligeramente diversos, de los derechos atribuidos al autor nominal respecto de los derechos atribuidos al artista. Por eso, la doctrina científica más autorizada sostiene que las relaciones entre los derechos intelectuales del autor y los derechos intelectuales del artista se basan en la analogía y no en la jerarquía.

Así, y en primer lugar, JESSEN, al exponer su trabajo sobre *Los derechos conexos*, subraya que puede existir cierta analogía o paralelismo entre los derechos así denominados y el derecho del autor sobre su obra, pero no conexión, ya que esta conexión supondría una subordinación entre unos y otros que, realmente, no existe. Los dos derechos son derechos autónomos e independientes y, por este motivo, podemos afirmar que no están en conflicto. Por el contrario, considera que “son semejantes y convergentes en algunos aspectos”<sup>21</sup>.

En este sentido, el art. 1 de la Convención de Roma establece que *la protección prevista en dicho instrumento dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas*. Si bien esta cláusula, denominada “de salvaguarda del derecho de autor”, será objeto de análisis más adelante, cumple ahora advertir, no obstante, que esta disposición ha sido tradicionalmente interpretada por la doctrina científica y por los legisladores como declarativa de la independencia de los derechos conexos respecto del derecho de autor, sin que se establezcan jerarquías entre ellos. Dicha fórmula ha encabezado, asimismo, los instrumentos internacionales posteriores que tenían por objeto la regulación de las creaciones artísticas (ya sean interpretaciones de carácter musical o audiovisual)<sup>22</sup>. Mas, en nuestra opinión, amén de su pretensión de marcar la diferencia entre los derechos concernidos, la fórmula destila todo el sentido de una cláusula de salvaguarda de los derechos ya consolidados (los del autor) frente a los nuevos derechos (los del artista).

Y en la línea enunciada, ROGEL VIDE, también al hilo del art. 1 de la Convención de Roma, explica que no debemos entender, tras la lectura del mismo, una “supeditación de unos derechos a los otros, sino derechos distintos de los distintos creadores, colocados a nivel de igualdad y semejantes todos, en su esencia”<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> JESSEN, Henry, Congreso sobre Propiedad Intelectual, Montevideo, 1985, Pág. 81. Citado por VARELA RODRÍGUEZ, Carlos en *La protección del derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes*, III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Tomo I, editado por Gobierno de la República Oriental del Uruguay, OMPI e IIDA. Uruguay, 1997, pág. 432.

<sup>22</sup> Así el art. 1.2 del WPPT de 1996 y del Tratado de Beijing de 2012.

<sup>23</sup> ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 2003, pág. 420.

Nuestra LPI de 1987 y el vigente TRLPI mantienen esa orientación de relación analógica sin jerarquías, por más que luego el contenido de los singulares derechos subjetivos que atribuye a autores y a artistas varíe ligeramente. Así el art. 131 y 132 TRLPI, que marcan la autonomía entre los diferentes derechos y la aplicación subsidiaria de preceptos que regulan en el Libro I aspectos de común interés. Asimismo, la regulación autónoma, aunque fundadas en idénticas naturaleza y características, de las facultades morales del los artistas, auspicia a mayor abundamiento el carácter similar de los derechos del autor respecto de los propios del artista, al tiempo que marcan su independencia funcional.

En definitiva, las relaciones entre los derechos intelectuales del artista y del autor son inexorables desde el momento en que los bienes jurídicos que protegen –la interpretación y la obra- comparten, en muchísimos supuestos, soporte o sistema de fijación y, sobre todo, destino. Mas, desde una perspectiva de derecho sustantivo, tales relaciones solo pueden ser de analogía y no de jerarquía o supeditación de unos a los otros, desde el momento en que todas las normas marcan sus respectivas autonomías y su similar naturaleza. Cuestión diferente es que cada uno de ellos, asimismo, tengan por objeto creaciones o bienes jurídicos distintos.

### **2.2.3.- Diferentes objetos de protección: la obra y la interpretación.**

Ya hemos dicho que los derechos de propiedad intelectual del artista y del autor responden a una misma naturaleza, fundamento y cualidades, de manera que entre ellos solo pueden mediar relaciones de analogía y no de jerarquía, si bien la diferencia esencial entre ambos se concreta en el objeto o bien jurídico sobre el que se proyectan los derechos atribuidos a unos y otros: la obra respecto del autor y la interpretación respecto del artista.

Como es sabido, asimismo, la LPI de 1879 puso énfasis en el objeto –la obra- más que en sujeto –autor. No obstante, la evolución de la institución durante el siglo XX marcó un vínculo estrecho entre la obra y su autor, delimitando con ello los supuestos incluidos y los excluidos de su régimen protector. Todo lo que no respondía a los parámetros objetivos de una creación de tipología “obra” y a los subjetivos de un autor de la misma quedaba fuera del ámbito protector de la Ley.

Dicha concepción es heredera de la modalidad de autor y creador del siglo XIX y de las clases de obras conocidas hasta esas épocas (libro, partitura, cuadro de pintura). Pero avanzada la siguiente centuria e irrumpiendo medios y formatos creativos como el fonograma y la obra audiovisual, en

lugar de reestructurar la base conceptual y extender los parámetros protectores clásicos, lo que se hizo fue subsumir las nuevas formas de creación y los nuevos modelos de obras en el esquema jurídico preexistente, desconociendo las singularidades de tales obras nuevas, sobre todo respecto de aquellas que eran fruto de aportaciones creativas diversas o en colaboración -y no de la mente y la técnica de un solo sujeto denominado autor, en cuanto que creador único de la obra<sup>24</sup>-, y, además, creadas bajo técnicas y elementos nuevos como el fonograma y la obra audiovisual.

La anterior circunstancia, tal y como se verá más adelante, ha influido sobremanera en el tardío reconocimiento de la interpretación audiovisual como entidad creativa propia o autónoma, que suele integrarse en otra de mayor extensión denominada obra audiovisual. Por tanto, los nominalmente calificados autores de la obra audiovisual en el art. 87 TRLPI, pese a no ser los creadores de la totalidad de los elementos que integran dicha obra, se benefician de una suerte de ficción jurídica al considerar que sus derechos de propiedad intelectual se proyectan sobre toda la obra en la que han intervenido con aportaciones creativas dispares. En tanto que el artista que creó la interpretación audiovisual, que también se integra en la obra audiovisual como elemento principal, proyecta sus derechos de propiedad intelectual sobre su trabajo creativo (la interpretación), mas no sobre la totalidad de la obra. Todo ello, sin perjuicio de que las aportaciones del artista en la mayoría de los casos adquieran una relevancia mayor que las de los coautores del art. 87 TRLPI, ya sea, al menos, para el productor de la obra, para el público y para el mercado.

Sea como fuere, lo que interesa destacar es que los derechos del artista y los del autor se proyectan sobre objetos diferentes (la interpretación, prestación o actuación artística fijada y la obra), sin perjuicio de que tal hecho no puede constituir un argumento *per se* que justifique un tratamiento privilegiado de los derechos del autor respecto de los del artista, pues no solo comparten naturaleza y características, sino que, sobre todo, se desenvuelven en el tráfico jurídico vinculados a un mismo soporte, dispositivo, medio o sistema de fijación y de explotación, siendo además que las aportaciones del artista al conjunto de la obra – que la audiovisual lo es en colaboración *ex arts. 7 y 87 TRLPI*- generan igual o mayor valor añadido, desde todas las perspectivas que se quiera analizar.

---

<sup>24</sup> Curiosamente y en el ámbito teatral, “autor” era denominado hasta bien entrado el siglo XIX a quien se encargaba de adquirir los derechos para poder representar la obra dramática, labor que habitualmente desempeñaba el actor principal y destacado que, a su vez, ejercía las funciones de director de la compañía y de director escénico –GIES, David T., *El teatro en la España del siglo XIX*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, págs. 42 y ss.

### **3.- MARCO LEGISLATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL: ANTECEDENTES Y ASPECTOS GENERALES.**

#### **3.1.- Marco normativo general de las interpretaciones audiovisuales en el Derecho internacional y comunitario.**

Aunque sobre este extremo se volverá más adelante con mayor detalle, hemos considerado oportuno describir sucintamente el contexto internacional y los antecedentes del marco regulatorio de las interpretaciones audiovisuales, dado que las razones de su tardía incorporación a estos ámbitos del Derecho y al debate doctrinal se hallan estrechamente vinculados a varios aspectos relevantes que serán abordados en la presente Tesis, por lo cual se justifica este anticipo a modo de clarificación de las bases, premisas y carencias que emanan de dicho ámbito respecto de nuestro objeto de estudio, pues ejercerán cierta influencia en el devenir de otros análisis.

Ya hemos dicho, en efecto, que hasta la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 no existe una regulación expresa de los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes en nuestro ordenamiento jurídico. Mas, el único antecedente internacional con el contaba el legislador nacional de 1987 era la Convención Internacional de Roma, sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, del 26 de octubre de 1961. Instrumento internacional que, más allá de ser el primer antecedente internacional que atribuye derechos a los artistas intérpretes o ejecutantes, no aportó ninguna novedad efectiva respecto de la protección de las interpretaciones audiovisuales.

La referida Convención<sup>25</sup> prevé, en efecto y por primera vez, determinadas obligaciones para los Estados contratantes en orden a articular las medidas necesarias para que los artistas intérpretes o ejecutantes puedan impedir, que no autorizar, determinados actos de explotación de sus interpretaciones o ejecuciones. Si bien el mínimo convencional no impone a los Estados contratantes obligación alguna por la que deban articular, a través de normas sustantivas, derechos exclusivos de autorizar a favor de los artistas, análogos a los atribuidos a los autores<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Vid. epígrafe 4.2 del Capítulo X.

<sup>26</sup> Según MASOUYÉ, “la terminología empleada en la Convención (‘comprenderá la facultad de impedir’) significa que, contrariamente a lo que se estipula para las otras dos categorías de beneficiarios de este tratado, el mínimo de protección convencional no reconoce a los artistas un derecho exclusivo de autorización o de prohibición. Esto puede parecer paradójico, e incluso -según algunos- injusto; pero es así. Por supuesto que aquí solo se trata de la protección mínima, que las legislaciones nacionales pueden siempre ampliar”. MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, publicada por la OMPI, Ginebra, 1982, pág. 42.

A su vez, ese mínimo convencional no es aplicable cuando *un artista intérprete o ejecutante haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual* (ex. art. 19); es decir, no resulta aplicable a efectos de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes respecto a las fijaciones visuales o audiovisuales de sus interpretaciones, “salvo cuando se trata de interpretaciones clandestinas y, en general, de fijaciones efectuadas sin el consentimiento del artista”<sup>27</sup>. Supuesto que excluye todas las interpretaciones o ejecuciones realizadas con el fin de ser explotadas a través de medios audiovisuales (v.gr., cine o televisión), toda vez que por el mero hecho de situarse el actor ante la cámara en el plató, o un estudio de grabación el músico que interpreta la banda sonora de una película, implica la autorización de la fijación de su interpretación. En síntesis, cabe concluir que el ámbito de protección de la Convención de Roma está referido, fundamentalmente, a los artistas respecto a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras fijadas en fonogramas, tratándose en la mayoría de los casos de interpretaciones musicales.

El mismo ámbito de aplicación es predicable respecto al Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)<sup>28</sup>, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. No obstante, dicho instrumento internacional y a diferencia de la Convención de Roma - nos indica FICSOR<sup>29</sup>-, debe considerarse un “arreglo particular” adoptado en virtud del art. 22 de la Convención de Roma, si bien concede más derechos que esta última.

Será posteriormente el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, adoptado el 24 de junio de 2012<sup>30</sup>, el que circunscribe su ámbito de protección de manera específica en torno a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales. Dicho instrumento internacional, sin embargo, aún no ha entrado en vigor, si bien constituye un marco de referencia de gran valor para el legislador nacional y para la doctrina.

Por tanto se puede decir, con las reservas apuntadas, que el artista del medio audiovisual no ha contado con una regulación internacional específica, que permita equiparar sus derechos de propiedad intelectual a los que se atribuyen a los artistas fonográficos, hasta la adopción en 2012 del Tratado de Beijing, ya que, de un lado la Convención de Roma de 1961 no proporciona un marco idóneo de protección al titular de la interpretación audiovisual (al quedar excluido de la protección que dispensa esta Convención en el momento en que su interpretación queda

---

<sup>27</sup> MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma*, *óp. cit.*, pág. 93.

<sup>28</sup> *Vid.* epígrafe 4.4 del Capítulo X.

<sup>29</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados de Derechos de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*, publicada por la OMPI, Ginebra, 2003, pág. 238.

<sup>30</sup> *Vid.* epígrafe 4.5 del Capítulo X, y el Capítulo XI.

incorporada a una fijación audiovisual, de manera consentida) y, de otro, el WPPT de 1996 versa tan solo sobre interpretaciones o ejecuciones sonoras o fonográficas.

En el ámbito del Derecho comunitario de la Unión Europea las interpretaciones audiovisuales han carecido de una regulación propia, si bien desde 1992 varias directivas y otras fuentes del Derecho han regulado aspectos parciales de las mismas, ya sea de modo específico o por referencia a las obras o grabaciones audiovisuales o en el marco de una norma referida a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en general o a los derechos de autor, a la gestión colectiva, etc. Concretamente, a partir de la Directiva 92/100/CEE, la UE se ha ido consolidando un marco normativo más o menos armonizado de protección de la propiedad intelectual, incluidos los derechos del artista sobre sus interpretaciones audiovisuales. La legislación europea en esta materia, limitada en todo caso a la esfera patrimonial del creador y adoptada con carácter de armonización de mínimos, deja por lo general en manos de los Estados miembros los medios concretos para la consecución del objetivo perseguido por cada norma, lo cual ha llevado, de hecho, a la adopción de medidas legislativas dispares en los distintos Estados miembros, especialmente en lo relativo a la protección de las interpretaciones audiovisuales. La labor armonizadora a este respecto en el ámbito de la UE se concreta, esencialmente y por lo que se refiere a los derechos sustantivos afectos a las interpretaciones audiovisuales, en la adopción de la citada Directiva de 1992, sobre alquiler y préstamo<sup>31</sup>, la de 1993 sobre cable y satélite<sup>32</sup>, y la de 2001 sobre los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información<sup>33</sup>. A dichas normas es preciso añadir la Directiva de plazos de 1993<sup>34</sup>, así como la Directiva antipiratería de 2004<sup>35</sup>, y la de gestión colectiva y concesión de licencias multiterritoriales de 2014<sup>36</sup>.

En cualquier caso, los antecedentes de Derecho internacional y comunitario mencionados ponen de manifiesto la falta de referencias con que contaba el legislador español de 1987 para abordar

---

<sup>31</sup> Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, incorporada al ordenamiento jurídico español a través de la derogada Ley 43/1994, de 30 de diciembre.

<sup>32</sup> Directiva 93/83 del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

<sup>33</sup> Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

<sup>34</sup> Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, codificada en la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, modificada por la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011.

<sup>35</sup> Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

<sup>36</sup> Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en el mercado interior.



la regulación de los derechos protectores de las interpretaciones audiovisuales, lo cual marcó la precariedad de la misma en un principio y, luego, fruto de las sucesivas incorporaciones de las directivas de la europeas sobre la materia se pudo ir completando un marco normativo nacional más exhaustivo de derechos sobre tales bienes jurídicos.

### **3.2.- Marco normativo nacional sobre las interpretaciones audiovisuales.**

#### **3.2.1.- Antecedentes y evolución.**

En efecto, ya se ha dicho que la Ley de Propiedad Intelectual de 1987<sup>37</sup>, bajo la rúbrica de “Otros derechos de propiedad intelectual”, regulaba por primera vez de manera agrupada<sup>38</sup>, en su Libro II, los derechos de propiedad intelectual atribuidos a una pluralidad heterogénea de titulares (artistas, productores, radiodifusores, etc.). Hasta la promulgación de esa norma, que sustituía a la Ley de 10 de enero de 1879, los artistas intérpretes o ejecutantes no gozaban en nuestra legislación de derechos de esa naturaleza, a pesar de que ya en 1987 contaban en otros países, principalmente los artistas o ejecutantes “fonográficos”, con el reconocimiento sustantivo, jurisprudencial y doctrinal de sus derechos, propiciado en gran medida por la adopción de la Convención de Roma<sup>39</sup>.

Tal reconocimiento vino condicionado, a su vez -como se expone en la parte de este estudio destinada al análisis de los antecedentes que llevaron a la adopción de la Convención de Roma, a la que nos remitimos<sup>40</sup>-, por el desfase histórico existente entre la invención del fonógrafo y los posteriores sistemas de reproducción sonora que abrieron paso a nuevas formas de explotación de las interpretaciones musicales, y la posterior evolución e implantación de los medios de comunicación de masas: primero, de la cinematografía y, después, de la industria televisiva. La rémora histórica es también consecuencia de las distintas sensibilidades, en unos casos, susceptibilidades<sup>41</sup>, en otros, generadas por una eventual protección de los músicos o de los

---

<sup>37</sup> Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.

<sup>38</sup> Otros titulares ya contaban con un reconocimiento específico de sus derechos, así la Ley 17/1966, de 31 de mayo, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, atribuía el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación económica de la obra cinematográfica al productor; y a través de la Orden del Ministerio de Educación Nacional, de 10 julio 1942, por vía indirecta, se dotaba de protección al productor de fonogramas.

<sup>39</sup> La Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961, fecha en la que fue firmada por el plenipotenciario de España, no sería ratificada hasta el 2 de agosto de 1991 (BOE núm. 273, de 14 de noviembre de 1991).

<sup>40</sup> *Vid.* epígrafe 4.2 del Capítulo X.

<sup>41</sup> Cumple recordar que, con ocasión de la Conferencia de revisión del Convenio de Berna de 1928, se negó a los artistas el reconocimiento del beneficio del derecho de autor, si bien a su conclusión se emitió una propuesta para que los miembros de la Unión de Berna estudiasen la posibilidad de adoptar medidas destinadas a salvaguardar los derechos de los artistas. Será la Conferencia Diplomática de Bruselas de 1948, en la que se debatía una nueva revisión del Convenio de Berna, la que inicie el proceso que llevaría a la adopción de la Convención de Roma, manifestando al respecto: “considerando que las interpretaciones

actores y los efectos económicos que ello conllevaría frente a los derechos de los autores ya reconocidos y consolidados en el mercado.

A los anteriores factores históricos se coliga la hegemonía de las industrias cinematográfica y televisiva estadounidenses, regidas por el sistema del *Copyright*, cuya principal preocupación y finalidad ha sido salvaguardar sus especiales idiosincrasias y sistemas de producción y distribución, frente a la concepción del Derecho de autor propia del sistema continental. Así como la tendencia natural del productor audiovisual de reconducir todas las condiciones inherentes a la prestación de servicios por parte de los artistas, incluidas las facultades que comprenden los derechos de propiedad intelectual, al ámbito de las negociaciones contractuales, en el que ostenta una posición preeminente frente al trabajador o prestador de servicios<sup>42</sup>. Razones, todas ellas, que nos ilustran sobre los verdaderos motivos de la carencia, hasta fechas muy recientes, de una regulación internacional y nacional de los derechos de propiedad intelectual de los artistas del medio audiovisual.

Esa desemejante evolución del nivel regulatorio o normativo de los derechos de los artistas tuvo su consiguiente reflejo, por un lado, en la categorización de los artistas como titulares de derechos afines, vecinos o conexos, de suerte que éstos se vieron relegados a un tratamiento independiente del derecho de autor *stricto sensu*, desposeyéndolos de su condición de auténticos creadores en un primer momento. Y, por otro, en el desigual trato normativo dispensado a los artistas y productores de fonogramas, y a los artistas y productores audiovisuales, consolidado en la ordenación positiva de sus derechos a través de las ulteriores normas nacionales e internacionales que han afrontado la protección de los mismos. Tal situación persiste en nuestros días a pesar del cambio sustancial acaecido en relación con la actual coyuntura social, económica

---

de los ejecutantes tienen carácter artístico, la Conferencia expresa el deseo de que se continúe activamente el estudio de los derechos conexos a los derechos de autor y especialmente de la protección de los artistas”, relegando de este modo a los artistas a la condición de *derechos vecinos* [o *conexos*] a los del autor. En los trabajos preparatorios del nuevo tratado (la Convención de Roma), el Grupo de Trabajo sobre “derechos conexos” que se reunió en la Casa de la Unesco del 7 al 11 de mayo de 1956, convocado por el Director General de la UNESCO y el Director General de la Oficina de la Unión de Berna, tenía entre una de sus atribuciones el examen de las relaciones existentes entre “los derechos conexos” y los principios establecidos en las convenciones sobre Derecho de autor. Así en las reuniones de dicho Grupo, alguno de los expertos (de manera destacada PUGET, Henry), manifestó su criterio en favor de la denominación como “derechos derivados”, así como respecto a que la protección concedida a sus propietarios no debería ser mayor, ni en contenido ni en extensión, que la otorgada al autor de la obra original. Según se puede comprobar en las actas de la Conferencia Diplomática, que culminaría con la aprobación de la Convención de Roma, fue una constante, principalmente de las delegaciones francesa (entre cuyos representantes se hallaba PUGET) e italiana, salvaguardar la preeminencia del Derecho de autor. Sobre estos antecedentes *vid.* FRANÇON, André, *La protección internacional de los derechos conexos*, RIDA núm. LXXIX, enero 1974; MASOUYÉ, Claude, *Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en la Convención de Roma*, RIDA núm. XXXXVI, mayo 1965; *Informe sobre la participación de la UNESCO en la preparación de un proyecto de acuerdo internacional para la protección de los intereses de los artistas ejecutantes, fabricantes de fonogramas y organismos de radiodifusión*, documento 9C/PRG/6, París, 28 de agosto de 1956, preparado para la Conferencia General de la UNESCO; Actas de la Conferencia Diplomática sobre la protección internacional de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, OIT, Unesco, BIRPI, 1968.

<sup>42</sup> Uno de los argumentos esgrimidos para dejar al margen de la Convención de Roma a los artistas audiovisuales fue, precisamente, que los contratos ya regulaban todos los aspectos inherentes a su prestación de servicios, siendo innecesaria una regulación *ad hoc*.

y de la producción y distribución de bienes culturales y, a pesar, en definitiva, de que, conforme a la tesis estructural de este trabajo, no existen fundamentos jurídicos que justifiquen el tratamiento discriminatorio dispensado a las interpretaciones audiovisuales.

La ausencia hasta 2012 de un tratado internacional no ha sido óbice, sin embargo, para que las legislaciones nacionales de manera paulatina, y con un mayor o menor alcance y acierto, hayan atribuido derechos a los artistas del ámbito audiovisual. La legislación española constituye un claro referente, así como la mayor parte de las legislaciones europeas (como consecuencia lógica del efecto armonizador de las directivas comunitarias que atañen a los derechos afines), si bien en este ámbito pervive el trato dispar de estos titulares en función de si su interpretación es fijada en un fonograma o en una grabación audiovisual (o en una película, en la terminología empleada por el legislador comunitario).

Siendo así, hasta la adopción del Tratado de Beijing no cabe considerar superado el lastre histórico que conduce a la discriminación injustificada -cuyo origen se remonta a la citada Convención de Roma- dentro de la categoría genérica de los artistas, de aquellos cuyas interpretaciones o ejecuciones son fijadas en un soporte o medio audiovisual, habida cuenta del reconocimiento en este tratado de derechos, tanto morales como patrimoniales, a favor de los intérpretes audiovisuales, que equiparan su protección a la dispensada a los músicos y cantantes.

El Ordenamiento jurídico español, como ya se anticipó, regula por primera vez los derechos de los artistas como afines o conexos en la Ley 22/1987, inspirándose tan solo en la Convención de Roma, tanto en lo atinente al alcance del concepto de artista intérprete o ejecutante, como a la estructura que rige su sistema de protección.

El art. 102 de la LPI de 1987 reconocía al artista en su párrafo primero el *derecho exclusivo de autorizar la reproducción y comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones*, y en su párrafo tercero establecía que *al celebrar un contrato de interpretación o ejecución para realizar un fonograma o una obra audiovisual el artista autoriza la reproducción y comunicación pública de dicha interpretación o ejecución, sin perjuicio de lo establecido en el art. siguiente*. El hecho de mediar la anterior presunción debía entenderse sin perjuicio de una compensación económica, pues así lo decía la última frase del referido art. 102.3 *sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente*. Tal remisión, no obstante, desposeía de ese derecho de remuneración al artista cuya interpretación quedase fijada en un soporte, sistema o medio audiovisual, ya que el artículo siguiente tan sólo confería ese derecho a las actuaciones fijadas en un fonograma.

Hubo que esperar a la Ley 43/1994<sup>43</sup>, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, para considerar instaurado en nuestro país un régimen jurídico completo y coherente de los derechos de explotación de los artistas intérpretes o ejecutantes, tanto referido a las actuaciones artísticas fijadas en fonogramas como en grabaciones audiovisuales. Este es, precisamente, el régimen incorporado al vigente Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia y que subsiste, no obstante las diversas modificaciones incorporadas al mismo<sup>44</sup>.

Como consecuencia de los sucesivos procesos de reforma del TRLPI de 1996 (primero, al hilo de la transposición de la Directiva 2001/29/CE<sup>45</sup>, mediante la Ley 23/2006, de 7 de julio<sup>46</sup>, después a través del Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, y más recientemente por medio de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre), se han introducido importantes modificaciones respecto de la redacción originaria del TRLPI, en los siguientes preceptos que regulan derechos sustantivos atribuidos a los artistas (que serán objeto de análisis concreto en apartados posteriores y, por tanto, allí nos remitimos). Así, en el art. 25 (sobre la copia privada); en el art. 108 (relativo al derecho de comunicación al público, al que se incorporan disposiciones específicas en relación con el derecho de puesta a disposición “interactiva”, y ciertas aclaraciones sobre el alcance y sistema de gestión colectiva de la remuneración atribuida a los artistas por la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales); en el art. 110 bis (sobre la cesión de los derechos al productor de fonogramas y la remuneración a los artistas musicales); en el art. 112 (que amplía el plazo de protección de las interpretaciones o ejecuciones en fonogramas); y el art. 113 (referente a los derechos morales, entre los que se destaca la eliminación del límite temporal que pesaba sobre su ejercicio *post mortem*).

---

<sup>43</sup> Ley que se refiere de manera explícita a derechos “afines”, obviando la denominación: “otros derechos de propiedad intelectual”, dada a los mismos por la LPI de 1987, entonces en vigor.

<sup>44</sup> Sin embargo, esa ausencia de discriminación se ha visto trastocada por la introducción en el TRLPI, por medio de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, de las disposiciones que incorpora el nuevo art. 110 bis, y el mayor plazo de protección –art. 112– que se concede a las interpretaciones incorporadas a un fonograma. Discriminación heredada, a su vez, de la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, objeto de trasposición a nuestro ordenamiento a través de las disposiciones aludidas de la Ley 21/2014.

<sup>45</sup> Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Con dicha norma, a su vez, la Unión Europea ha tratado de actualizar y armonizar sus legislaciones tomando como referencia los tratados OMPI de 1996.

<sup>46</sup> Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. BOE núm. 162 de 8 de julio de 2006.

Finalmente, hemos de referir las reformas del sistema de gestión colectiva operadas por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que incorpora parcialmente la Directiva 2014/26/UE sobre gestión colectiva, y que afectan de manera relevante a la parte adjetiva o forma de ejercicio –a la eficacia misma- de los derechos de contenido patrimonial atribuidos a los artistas sobre sus interpretaciones audiovisuales, que serán objeto de análisis y desarrollo específico en el Capítulo VII de la presente Tesis.

### **3.2.2.- Marco normativo vigente.**

Los preceptos que nuestra ley vigente (TRLPI) dedica a los artistas intérpretes o ejecutantes son, de modo directo, del 105 al 113, que abren el contenido de su Libro II (“De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección *sui generis* de las bases de datos”), si bien por la remisión incardinada en el art. 132 al Libro I, también resultan de aplicación, con carácter subsidiario y en lo pertinente, el art. 6.1, los preceptos comprendidos en la Sección 2ª (derechos de explotación) del Capítulo III, del Título II, y en el Capítulo II del Título III (límites), salvo lo establecido en el párrafo segundo del apartado segundo del art. 37 (remuneración por préstamo), ambos del Libro I, así como la compensación por copia privada del art. 25<sup>47</sup>. Es a través de estos preceptos como se configuran la especial naturaleza, el contenido sustantivo y límites de los derechos atribuidos a los artistas, así como el especial sistema de su ejercicio y protección<sup>48</sup>.

De manera específica, el anterior marco normativo resulta de aplicación a todo el régimen sustantivo de protección de las interpretaciones audiovisuales, con la excepción del art. 110 bis referido a la cesión de derechos del artista musical al productor de fonogramas y las contraprestaciones que éste ha de satisfacer a aquéllos a cambio de tal cesión. Así, el art. 105 contiene la definición subjetiva y objetiva o funcional de artista intérprete de una interpretación audiovisual, tanto por su cualidad artística como por su actividad creativa. El art. 106 reconoce al artista intérprete el derecho exclusivo de autorizar la fijación audiovisual de su interpretación. Una vez fijada, los arts. 107, 108 y 109 le reconocen, así mismo y respectivamente, los derechos

---

<sup>47</sup> El art. 25 fue objeto de derogación parcial tras la promulgación del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011) que, en su disposición adicional décima, suprime o modifica la compensación por copia privada, al fijar un sistema de financiación cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Disposición que, a su vez, se desarrolla reglamentariamente, en cuanto al procedimiento de determinación de la cuantía, por el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre. Tras la aprobación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, este sistema de financiación, junto con otras modificaciones al límite por copia privada, se han incorporado al TRLPI, en virtud de la nueva redacción dada a los arts. 25 y 31 del citado cuerpo legal, como se verá en epígrafes posteriores.

<sup>48</sup> El Libro III de la ley resulta igualmente de aplicación por referirse, sin distinción, a la protección de los derechos reconocidos en esta ley, esto es, tanto a los derechos reconocidos en el Libro I (*De los derechos de autor*) como a los regulados en el Libro II (*De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección sui generis de las bases de datos*).

exclusivos de autorizar la reproducción, comunicación pública (incluida la puesta a disposición) y la distribución de tal fijación audiovisual de su interpretación.

El art. 110 TRLPI dispone, no obstante, una presunción *iuris tantum* de cesión de los derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública a favor del productor de la fijación audiovisual cuando la interpretación se realice en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios. Quedan expresamente excluidos de tal presunción los derechos de remuneración previstos a favor del artista en el art. 108, por la comunicación pública y puesta a disposición de sus interpretaciones audiovisuales, de los que es deudor, en todo caso, el usuario de tales interpretaciones (v.gr., cadenas de televisión, operadores de cable, exhibidores cinematográficos, plataformas digitales de contenidos audiovisuales, etc.). Tales derechos están sujetos, además, a gestión colectiva obligatoria ex. art. 108.6 TRLPI.

En idéntico sentido, pero en relación con el derecho exclusivo de distribución en su modalidad de alquiler, dispone el art. 109.3.1º TRLPI que *cuando el artista intérprete celebre individual o colectivamente con un productor de grabaciones audiovisuales contratos relativos a la producción de las mismas, se presumirá que, salvo pacto en contrario en el contrato y a salvo del derecho irrenunciable a la remuneración equitativa a que se refiere el apartado siguiente, ha transferido sus derechos de alquiler*. Derecho de remuneración que, ex art. 109.3.2º TRLPI, será exigible del usuario de la fijación audiovisual (quien lleve a efecto las operaciones de alquiler), sujeto a gestión colectiva obligatoria.

El art. 111 establece la obligación de los artistas intérpretes que participen colectivamente en una misma actuación, tales como los componentes de un ballet o compañía de teatro, de designar de entre ellos un representante para el ejercicio de los derechos exclusivos previstos en los artículos anteriores –disposición esta que únicamente tiene virtualidad en los supuestos de actuaciones en vivo (no fijadas), toda vez que la fijación consentida de las mismas o, si se prefiere, las fijaciones en las que medie contrato con el productor de las mismas, determina, como hemos dicho, que se presuman cedidos tales derechos exclusivos a este último.

Por su parte, el art. 112 TRLPI determina la duración de los precitados derechos de explotación (de los derechos exclusivos y de remuneración), que, con carácter general, será de cincuenta años computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la interpretación o, si dentro de dicho período se publica o se comunica lícitamente al público la grabación audiovisual de la

interpretación, el *dies a quo* será el 1 de enero del año siguiente a la fecha de la primera publicación o la primera comunicación pública, si esta última fuera anterior.

Y, por último, el art. 113 TRLPI reconoce al artista intérprete los derechos morales de paternidad (derecho al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones) e integridad (derecho a oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre su interpretación que lesione su prestigio o reputación). También establece este artículo la necesidad de contar con la autorización expresa del artista, durante toda su vida, para el doblaje de su actuación en su propia lengua.

De otro lado, para completar el marco regulatorio, el TRLPI defiere la protección y eficacia de los derechos sustantivos de contenido patrimonial que atribuye al artista sobre sus interpretaciones audiovisuales a otros libros y lugares comunes, pero de igual afectación a todos los derechos reconocidos en la ley. Así, por lo que concierne a su eficacia o forma de ejercicio colectivo, a los derechos previstos en los precitados arts. 106 a 109 TRLPI les son de aplicación las disposiciones del Libro III, Título IV (arts. 147 a 159), relativas a las entidades de gestión colectiva.

Asimismo, el ámbito de aplicación de la ley (TRLPI) a los artistas y a sus interpretaciones se regula en art. 164, de cuyos criterios deduciremos qué interpretaciones audiovisuales extranjeras están protegidas en España, pues las de artistas nacionales o comunitarios de la UE se hayan plenamente cubiertas por dicho régimen sin excepción, pero para determinar la protección de las interpretaciones de los artistas nacionales de terceros países resulta preciso acudir a los criterios de vinculación previstos en dicho precepto –sobre los que prevalecen, en todo caso y como se deriva de nuestra Constitución (art. 96.1), las disposiciones de cualquier tratado internacional, bilateral o multilateral, en vigor y del que España sea parte.

#### **4.- DELIMITACIONES CONCEPTUALES DEL ÁMBITO SUBJETIVO.**

##### **4.1.- El “artista intérprete o ejecutante”.**

###### **4.1.1.- Antecedentes del término y de la fórmula compuesta.**

A pesar de las diferencias manifestadas entre el ámbito de las normas supranacionales referidas *ut supra*, lo cierto es que existe un punto de convergencia en todas ellas en torno a la forma de

concretar el objeto de protección, esto es, a través de la definición del sujeto (bajo la fórmula “artistas intérpretes o ejecutantes”) y no del objeto de las interpretaciones o ejecuciones (sonoras o fijadas en fonogramas, en unos caso, visuales o audiovisuales, en otro).

Para poder contextualizar en su justa medida dicho término, se antoja necesario en primer lugar dejar advertido que los derechos del artista intérprete o ejecutante surgen como respuesta a la necesidad de proteger los intereses económicos del aquél, que no estrictamente personales, ante la proliferación de nuevas formas de explotación y difusión de sus actuaciones. Efectivamente, hasta finales del siglo XIX la principal (por no decir única) fuente de ingresos para el artista venía dada por sus actuaciones en vivo –v.gr., el actor en el teatro, el músico en la sala de conciertos, etc. Ahora bien, la aparición de nuevas técnicas de explotación y difusión de las obras, permitiendo la fijación de la interpretación, así como su reproducción y transmisión, fueron socavando con gran celeridad la precitada fuente de ingresos. Ya no era preciso acudir al teatro o a la sala de conciertos para poder disfrutar de las obras musicales o dramáticas. Tal y como señala MASOUYÉ, el disco fonográfico, el cinematógrafo y la radio fueron “inventos que los artistas acogieron sin desconfianza, pues abrían amplias salidas a sus prestaciones; pero que (...) estaban destinados a cambiar por completo las condiciones del ejercicio de sus actividades profesionales”<sup>49</sup>.

Esta circunstancia provocó que la Unión de Oficinas Internacionales para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI, por sus siglas en francés)<sup>50</sup>, a instancias de los representantes de los músicos –primer colectivo afectado por la aparición del fonógrafo y de la radio, uno y otro anteriores al cinematógrafo y a la televisión-, propusiera durante la Conferencia Diplomática de Roma de 1928 para la revisión del Convenio de Berna la inclusión de un nuevo párrafo en el art. 11 bis reconociendo a los artistas el derecho exclusivo de autorizar la radiodifusión de sus interpretaciones o ejecuciones por cualquiera de los medios mencionados en el párrafo anterior en relación con el derecho del autor –la radiodifusión y la comunicación pública.

Dicha propuesta fue rechazada sobre la base, meramente formal, de que la protección de los artistas se escapaba del ámbito del Convenio. La razón material subyacente era distinta, y nos la revela MASOUYÉ al confirmarnos que venía dada por la “desconfianza y aprensión” con la que los representantes de los autores acogieron la idea de reconocer derechos, si quiera “conexos”, a los

---

<sup>49</sup> MASOUYÉ, C., en *Guía de la Convención de Roma*, *óp. cit.*, pág. 7.

<sup>50</sup> Antecesora de la actual OMPI, la BIRPI se crea en 1893 mediante la fusión de la Unión de París y la Unión de Berna, creadas por los convenios de París de 1883 y de Berna de 1886 para la protección de la propiedad industrial, el primero, y de las obras literarias y artísticas, el segundo. La OMPI se constituye, como sucesora de la BIRPI, por la Convención de Estocolmo de 1967.



artistas. Su intransigencia fue tal que incluso con ocasión de las negociaciones de la Convención de Roma de 1961 (en la que no cabía oponer el argumento ya empleado con ocasión de la precitada revisión del Convenio de Berna en 1928), y “temerosos de las repercusiones que podría tener la aparición de nuevas prerrogativas que, en el plano jurídico, vendrían a yuxtaponerse a aquellas otras cuyo conjunto constituye el derecho de autor”, provocaron finalmente la inclusión de la denominada “cláusula de salvaguarda del derecho de autor” en el art. 1 de la Convención, y repetida, en el WPPT y en el Tratado de Beijing – con el significado y alcance que ya hemos comentado<sup>51</sup>. El propio MASOUYÉ se refiere a la denominada “teoría del pastel”, que “arranca del principio de que la remuneración es un ‘pastel’ que se ha de distribuir; de manera que, si se invita al festín a nuevos participantes, la parte destinada a los autores quedará disminuida en la proporción correspondiente”<sup>52</sup>.

En idéntico sentido nos recuerda ROGEL VIDE que durante los trabajos preparatorios de la Convención de Roma, los representantes de los autores, a través de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI), se movilizaron para evitar el reconocimiento de derecho alguno a los artistas –o, al menos, minimizar tal consagración-, y así, “los miembros más sobresalientes de la ALAI, para referirse a los hipotéticos derechos de los artistas, hablaban de ‘eventuales derechos llamados vecinos’ del derecho de autor, ‘auxiliares’ de este último, ‘conexos’ a él, cuya primacía, en caso de conflicto, no podía ser puesta en tela de juicio en modo alguno”<sup>53</sup>.

De todo ello se sigue, a los efectos que ahora nos ocupan, que la aspiración inicial de los artistas estaba presidida por un interés estrictamente económico, como también lo era el interés de los autores –más bien las instituciones que les representaban- por negar a aquéllos derecho alguno sobre las interpretaciones o ejecuciones de sus obras. La conjunción de ambas circunstancias provocó que en ninguna propuesta inicial se abordara la necesidad de conceptualizar al artista como autor nominal de la obra fonográfica o de la obra audiovisual, ni tan siquiera como creador de su interpretación o ejecución. Es más, la Convención de Roma no sólo no reconoció al artista derecho moral alguno, sino que, en puridad, tampoco le reconoció derecho exclusivo de autorizar acto de explotación alguno, sino la mera facultad de impedir determinados actos de explotación,

---

<sup>51</sup> Dicha cláusula es, en realidad, meramente declarativa de la independencia de los derechos conexos respecto del derecho de autor, sin que establezca jerarquía alguna entre ellos -*vid.* epígrafe 2.2.2 del presente Capítulo.

<sup>52</sup> MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma*, *op. cit.*, págs. 18-20.

<sup>53</sup> ROGEL VIDE, Carlos, *Directores de escena y derechos de autor*, en el marco de las Jornadas sobre los derechos intelectuales del Director de Escena, celebradas en Sevilla el 18 y 19 de noviembre de 2000, y publicada por AISGE, Madrid, 2001, pág. 67. Abundando en esta cuestión, y con alusión expresa a su precitada obra, ROGEL VIDE nos vuelve a recordar cómo “la ALAI se incomoda ante la perspectiva de repartir, aún mínimamente, ‘la tarta’ – en expresión de Masouyé- y convoca, en la década de los últimos cincuenta, numerosos congresos, a lo largo y ancho de Europa, con la finalidad de evitar el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual a los actores y, si ello no fuese posible, con la finalidad de evitar que estos se coloquen al mismo nivel que los autores” –ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios completos*, *op. cit.*, pág. 419.

así como de recibir una remuneración equitativa y única por determinadas utilidades secundarias de los fonogramas publicados con fines comerciales (art. 12).

No siendo entonces necesario conceptuar al artista como autor, se debió estimar suficiente adoptar un término meramente descriptivo, como en el caso de los “productores de fonogramas” o de los “organismos de radiodifusión”. Podríamos teorizar sobre una suerte de “transacción tácita” entre los representantes de los artistas y de los autores, a cuya virtud los primeros se conformarían con su categorización como titulares de derechos conexos (quizás impulsados por la proximidad de tan ansiado instrumento), mientras que los segundos aceptarían, en tales condiciones, “repartir” el “pastel” hasta entonces reservado a ellos.

MASOUYÉ, dejando de lado ahora la concepción restrictiva que mantenía –propia de la época– sobre el alcance creativo del artista, en su Guía de la Convención de Roma nos ofrece una explicación aproximada acerca de la composición y delimitación general de la fórmula conceptual “artista intérprete ejecutante” insertada en dicho instrumento internacional, a saber: “del hecho de que la Convención englobe en un mismo grupo una categoría muy amplia de personas, gracias a las cuales pueden ser comunicadas al público las obras de que se trata, no hay que sacar la conclusión de que sus situaciones respectivas son, en la práctica, necesariamente idénticas. Determinados artistas marcan la interpretación de la obra con el sello de su personalidad; el director de orquesta completa la partitura con sus propias anotaciones; el solista toca su instrumento en forma puramente individual; el actor ofrece al público una interpretación muy personal del papel que le ha sido encomendado: etcétera ... Hay en todas esas actuaciones unas aportaciones creativas que, en el momento de la prestación del artista, están vinculadas a la obra y, en la práctica, difícilmente pueden dissociarse de ella, pues no es posible delimitar con exactitud que es lo que el artista añade gracias a su actividad inventiva. En cualquier caso, lo esencial es que se trate de una actividad artística, y la terminología de la Convención al definir la noción de ‘artista intérprete o ejecutante’ permite no considerar como tal al simple comparsa (en el teatro o en el cinematógrafo) o a quien desempeña una función de orden esencialmente técnico (por ejemplo, los tramoyistas), dado que su intervención en el espectáculo está enteramente desprovista de carácter personal y es, por su naturaleza, completamente marginal o secundaria. Es evidente que corresponde a los tribunales modular su propia apreciación de los términos generales que figuran en la Convención. Por otra parte, esta última tiene buen cuidado de añadir, después de haber enumerado las distintas modalidades de las prestaciones (representar, cantar, recitar, declamar, interpretar), las palabras siguientes: ‘O ejecuten en cualquier forma’, lo cual

permite al legislador o al juez ser más o menos liberal en lo tocante a la forma en que debe entenderse la noción de ‘artista’”<sup>54</sup>.

Mas, ello no significa que debamos reprochar indeterminación jurídica al término “artista intérprete o ejecutante”, sino más bien acaparador, descriptivo y omnicomprendivo de todos los posibles supuestos, que en realidad obedece a la cantidad de casos distintos que caben en el ámbito de la actuación artística, y no tanto a una posible falta de diligencia del legislador. En este sentido encontramos cierta correspondencia con el concepto de “obra”, igualmente amplio, tal y como demuestra el art. 10 TRLPI.

Por último, y en cuanto a la aparente dicotomía del término, que podría llevar a pensar que “artista intérprete” y “artista ejecutante” constituyen dos categorías distintas de sujetos y, por tanto, a calificar de compuesta la fórmula adoptada por nuestro legislador, así como en la Convención de Roma, el WPPT y el Tratado de Beijing, más adelante veremos cómo en realidad el término “artista intérprete o ejecutante” se refiere a una única categoría de titulares: los artistas, que interpretan o ejecutan en cualquier forma una obra literaria o artística<sup>55</sup>.

#### **4.1.2.- Alcance de la denominación “artista intérprete o ejecutante” en el ámbito internacional.**

Para concretar qué ha de entenderse por “artistas intérpretes o ejecutantes” en el ámbito internacional, se ha de acudir de nuevo, en cuanto primer antecedente, a la Convención de Roma de 1961, que en su art. 3 nos ofrece una definición amplia y omnicomprendiva del concepto, cuando nos dice que se entiende por “artista intérprete o ejecutante”, *todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística*. No están comprendidos en tal definición los artistas de circo y variedades que no interpreten o ejecuten una obra literaria o artística (ex. art. 9)<sup>56</sup>.

Por su parte, el WPPT de 1996 incluye la siguiente definición de “artistas intérpretes o ejecutantes” en su art. 2.a): *todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma*

---

<sup>54</sup> MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma*, *óp. cit.*, pág. 27.

<sup>55</sup> *Vid.* epígrafe 4.1.4 del presente Capítulo.

<sup>56</sup> Estando facultados los Estados Contratantes, no obstante y conforme al mismo precepto, para extender la protección a dichos artistas en sus respectivas legislaciones nacionales.

*obras literarias o artísticas o expresiones del folclore*. Esta misma definición se incorpora, a su vez, en el art. 2.a) del Tratado de Beijing de 2012, que al mismo tiempo clarifica, mediante una Declaración concertada relativa al art. 2.a), en virtud de la cual quedan incluidos en el ámbito de su protección aquellos artistas que interpreten o ejecuten obras literarias o artísticas que han sido creadas o fijadas por primera vez durante la interpretación o ejecución, esto es: las improvisaciones.

Como puede observarse, las definiciones contenidas en los arts. 2.a) del WPPT y del Tratado de Beijing toman como referente la definición del art. 3.a) de la Convención de Roma, añadiendo tan solo el WPPT las *expresiones del folclore*<sup>57</sup>, como posible objeto de interpretación o ejecución por parte del artista intérprete o ejecutante, y el Tratado de Beijing las *improvisaciones* –vía declaración concertada a su art. 2-, en cuyo caso se erige el artista en autor e intérprete simultáneamente<sup>58</sup>.

Efectivamente, la precitada declaración concertada deja sentado que las improvisaciones también son interpretaciones o ejecuciones audiovisuales y, por tanto, quedan amparadas por el Tratado, cuyas disposiciones alcanzan igualmente a aquellos artistas intérpretes o ejecutantes que, con su actuación [improvisación], crean una obra. Es decir, no es requisito que las modalidades de actuación previstas en el art. 2.a) estén referidas a una obra literaria o artística preexistente. La fórmula finalmente adoptada fue la de hacer referencia a las obras literarias o artísticas *creadas o fijadas por primera vez* con ocasión de la interpretación o ejecución<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> No obstante, tal diferencia en realidad no es tal, ya que como nos recuerda FICSOR, la exclusión de los artistas intérpretes o ejecutantes de expresiones del folclore en la definición del art. 3 de la Convención de Roma “queda subsanada en el Artículo 9 de la Convención, en virtud del cual la protección prevista en la Convención se puede extender ‘a artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas’. Si bien, en el informe de la Conferencia Diplomática el debate sobre dicho Artículo figura bajo el título ‘Artistas de variedades’, el texto del Artículo 9 es mucho más amplio y también prevé la posibilidad de extender la protección a los artistas que ejecuten expresiones de folclore (que constituyen un tipo de obras mucho más parecidas a las obras literarias y artísticas que muchas producciones de artistas de variedades). Esta interpretación queda confirmada en el comentario del informe según el cual ‘hubo acuerdo general en que los artistas de variedades que no ejecutan obras estaban comprendidos en este Artículo 9’, lo cual significa que no estaba previsto que el Artículo sólo cubriera a dichos artistas (...)’. FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 142.

<sup>58</sup> Efectivamente, conforme a la declaración concertada relativa al art. 2.a) del Tratado de Beijing, *queda entendido que la definición de “artistas intérpretes o ejecutantes” incluye a aquellos que interpreten o ejecuten obras literarias o artísticas que han sido creadas o fijadas por primera vez durante la interpretación o ejecución*.

<sup>59</sup> A este respecto cumple advertir que durante el desarrollo de la Conferencia Diplomática de Beijing en junio de 2012, el requisito de la primera fijación no satisfizo a determinados colectivos, principalmente al de los músicos, que veían como el instrumento únicamente les ampararía en relación con sus actuaciones en vivo (ya fueran improvisadas o no) o con sus actuaciones fijadas por primera vez en la fijación audiovisual –quedando excluidas aquellas otras interpretaciones o ejecuciones fijadas en un soporte preexistente, que se incorpora a la fijación audiovisual, lo cual es la práctica más habitual en relación con la música en las obras cinematográficas. Ante la negativa por parte de los integrantes de la Comisión Principal I (que a la sazón habían acordado el texto de dicha declaración concertada), la Federación Internacional de Músicos (FIM) hizo llegar su inquietud al Presidente de la Comisión de Redacción, manifestándole su preocupación ante la redacción acordada y sugiriéndole que propusiera sustituir la expresión *fijadas por primera vez* por *fijadas* - a lo que el Presidente de la Comisión se negó, como es lógico y con buen criterio, habida cuenta que no se trataba de un mero error gramatical.

Sucede que, efectivamente, conforme a la legislación estadounidense, una obra no goza de *copyright* [de protección federal<sup>60</sup>] en tanto en cuanto no sea *fijada en cualquier medio tangible de expresión*<sup>61</sup>. Por tanto, la mera *creación* de la obra durante su interpretación o ejecución (la improvisación) no supone su protección, al menos en los Estados Unidos, en tanto en cuanto no sea fijada. De ahí que las delegaciones acordaran incluir el requisito de la primera fijación, como alternativa a la mera creación.

Conviene destacar, además, una segunda diferencia, que se incorpora en las versiones inglesa y francesa de los arts. 2.a) del WPPT y del Tratado de Beijing al incluir la *interpretación* [de la obra]<sup>62</sup> como modalidad de actuación con respecto a la definición contenida en la Convención de Roma –y que en la versión española de esta última ya figuraba –, con el alcance que expondremos más adelante, en relación con la dicotomía entre “intérprete” o “ejecutante”<sup>63</sup>.

Salvo las especialidades advertidas, la definición es común a los tres tratados de carácter multilateral que abordan de manera específica la protección de los artistas intérpretes. Siendo así tal definición nos facilita una serie de elementos que han de servirnos para delimitar desde un punto de vista jurídico qué es un “artista intérprete o ejecutante” y, en un segundo estadio, cuáles son los caracteres definitorios de una interpretación audiovisual.

En primer lugar, atendiendo a los sujetos, la definición incorpora referencias a colectivos artísticos identificados y concretos como son los actores, cantantes, músicos, bailarines. No obstante, tal enumeración no tiene carácter taxativo pues alude, quizá como cláusula de cierre, a cualquier persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística o expresión del folclore. Lo que indica que se admite la existencia de otros colectivos artísticos, distintos a los expresamente enunciados, que pueden ser considerados como artistas atendiendo a la actividad que realizan.

---

<sup>60</sup> La reforma de 1976 de la ley estadounidense de derecho de autor puso fin al esquema de protección dual que regía en dicho país, conforme al cual una misma obra gozaba de una doble capa de protección: la ley federal y la normativa estatal (ya fuera codificada o bajo el sistema del *Common law*). Así, conforme a la Sección 301(a) del Título 17 *US Code (Copyright Act)*, a partir del 1 de enero de 1978 todas las obras de autor fijadas en un medio tangible de expresión están protegidas por la ley federal, no pudiendo reclamarse protección o derechos equivalentes al amparo del *Common law* o códigos estatales, que, en todo caso, pueden dispensar protección a aquellas obras no incluidas en el ámbito del *Copyright Act* federal, por ejemplo las no fijadas en un medio tangible.

<sup>61</sup> Título 17 *US Code (Copyright Act)*, Sección 102(a): *La protección del copyright subsiste, de conformidad con este Título, en las obras originales de autoría fijadas en cualquier medio tangible de expresión, conocido ahora o por inventar, a partir del cual puedan ser percibidas, reproducidas, o comunicadas de cualquier forma, tanto directamente como a través de un aparato o dispositivo (...).*

<sup>62</sup> En inglés, *performers are [those] who (...) interpret, or otherwise perform literary or artistic works (...)*; en francés, *artistes interprètes ou exécutants [sont ces qui] interprètent ou exécutent de toute autre manière des œuvres littéraires ou artistiques.*

<sup>63</sup> *Vid.* epígrafe 4.1.4 del presente Capítulo.

Mas el carácter abierto de la enumeración no conlleva el que cualquier persona que realice una actividad comúnmente asociada al género artístico pueda ser calificada, en este ámbito y desde un punto de vista jurídico, como artista intérprete o ejecutante, titular de derechos de propiedad intelectual. Tal afirmación nos lleva a advertir un aspecto inherente a tal condición, que ha sido objeto de un controvertido tratamiento dogmático, como es la exigencia o concurrencia del requisito de “originalidad” respecto de la actividad que realizan los titulares que nos ocupan. Basta anticipar en esta sede, y sin perjuicio del tratamiento sistemático del aludido presupuesto de originalidad que posteriormente se aborda de manera más exhaustiva, que ya desde la Convención de Roma, existen argumentos a favor de la originalidad, siquiera en sentido subjetivo, inherente a la actividad artística. De ello se colige el que, aún tratándose de los colectivos expresamente citados –actores, bailarines, etc.– o de actividades coincidentes con las contenidas en la definición de artista, deben concurrir en el desarrollo de su actividad “interpretativa” otros presupuestos como es el desarrollo de una actividad creativa propia –entendida como aportación personal– y que tal actividad tenga por objeto una obra.

El segundo elemento definitorio está referido a la actividad, representar un papel, cantar, recitar, declamar. Pero este criterio tampoco es definitivo, ya que las actividades enunciadas menos aún tienen en este caso carácter taxativo, pues engloban la interpretación o ejecución *en cualquier forma*.

El objeto sobre el que recae la actividad artística se concreta en una obra literaria o artística, para la Convención de Roma, ampliándose a las expresiones del folclore en el WPPT y en el Tratado Beijing. La referencia a las obras literarias y artísticas quiere decir que la Convención de Roma no incluye entre los artistas intérpretes o ejecutantes toda una serie de personas que, aun siendo artistas en su género, no interpretan o no ejecutan una obra del ingenio. Tal es el caso, por ejemplo, de los artistas de variedades que actúan en los circos o en los *music-halls* (equilibristas, trapeceistas, acróbatas, payasos, etcétera) y de los deportistas. La Convención permite, sin embargo (véase su art. 9), que los Estados contratantes extiendan la protección a artistas que no interpretan o ejecutan obras literarias o artísticas, correspondiendo entonces al legislador nacional determinar cuales son los casos concretos a los que se extiende la protección.

Cabría relacionar, a su vez, con la exigencia de originalidad la cuestión que tradicionalmente ha suscitado la protección de los *figurantes* o *extras* (del reparto), dada la amplitud de la definición de artistas intérpretes o ejecutantes.

Ya en relación con la Convención de Roma se suscita esta cuestión, de modo que es rechazada con carácter general su protección. En este sentido FICSOR expresa: “Si bien los verbos ‘cantar’, ‘recitar’ y ‘declamar’ que figuran en la definición con respecto a las obras literarias o artísticas no plantean ningún problema de ese tipo, las expresiones ‘representar un papel’ e ‘interpretar’ referidas a obras literarias o artísticas necesitan ser interpretadas de forma específica. Los artistas intérpretes o ejecutantes pueden ‘representar un papel’ o ‘interpretar’, en particular en obras audiovisuales, obras dramáticas y obras dramático-musicales. En la presentación, o, en el caso de las obras audiovisuales, en el proceso de creación, también aparecen ciertas personas, como los ‘extras’ que figuran en escenas donde aparecen multitudes o ejércitos, que desempeñan un papel limitado pero de los que difícilmente se podrá decir que ‘representan un papel’ o ‘interpretan’. La definición de los ‘artistas intérpretes o ejecutantes’ no parece cubrir ese tipo de contribuciones, a no ser que se interprete en sentido muy lato”<sup>64</sup>.

A este respecto, resultan especialmente ilustrativos los trabajos preparatorios del que finalmente sería el Tratado de Beijing. Conforme reflejan las Actas de la Conferencia Diplomática de 2000, determinadas delegaciones propusieron que la definición excluyera expresamente a los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas interpretaciones sean de naturaleza ocasional o incidental –es caso de los *figurantes*.

Según consta en los comentarios a la Propuesta Básica de 2000<sup>65</sup>, “por lo general, los ‘figurantes’, ‘artistas intérpretes o ejecutantes secundarios’ o ‘participantes secundarios’ no reúnen los requisitos para la protección debido a que en sentido estricto no interpretan o ejecutan una obra literaria o artística ni expresión del folclore”. Precisamente en atención a esta circunstancia, y pese a las propuestas formuladas tanto en el marco de la propia Conferencia Diplomática<sup>66</sup>, como ante el Comité Permanente de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (y, previamente, Comité de Expertos), finalmente se acordó que no era necesario que el Tratado incluyera una disposición expresa relativa a los figurantes.

---

<sup>64</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 143.

<sup>65</sup> Nota 2.03, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

<sup>66</sup> La delegación de los EEUU llegó a proponer que la nota 2.03 en la Propuesta Básica se incorporara como declaración concertada al art. 2: *Queda entendido que, por lo general, los ‘figurantes’, ‘artistas intérpretes o ejecutantes secundarios’ o ‘participantes secundarios’ no reúnen los requisitos para la protección debido a que en sentido estricto no interpretan o ejecutan una obra literaria o artística ni expresión del folclore.*

De lo anterior se deduce, entonces, que los *figurantes* o *extras* no están comprendidos en la definición de artista intérprete o ejecutante contenida en el art. 2.a) del Tratado de Beijing<sup>67</sup> –si bien determinadas delegaciones expresaron que, en el marco de la definición que ofrece el Tratado, la concreta delimitación de los sujetos comprendidos en la misma corresponde a las distintas legislaciones nacionales<sup>68</sup>.

En el ámbito comunitario, a pesar del reconocimiento de un amplio elenco de derechos exclusivos de manera armonizada a favor de los artistas intérpretes o ejecutante, resulta significativa la ausencia de cualquier definición relativa tanto a estos titulares, como a su actividad. De modo que el análisis de la regulación sustantiva, si bien será abordado en la sede correspondiente de este estudio<sup>69</sup>, resulta estéril a los efectos que aquí nos ocupan. No obstante, sí se ha de incidir en que el legislador comunitario ha reconocido de forma explícita la labor creativa de los artistas. Así resulta de manera incontrovertida del Considerando 4 de la Directiva 2011/77/UE, conforme al cual, *la importancia que socialmente se atribuye a la contribución creativa de los artistas intérpretes o ejecutantes debe reflejarse en un nivel de protección que reconozca esa contribución creativa y artística*. Reconocimiento que viene a disipar las dudas suscitadas por una corriente de opinión que niega tal creatividad –y en consecuencia la originalidad– a la labor que desarrolla esta categoría de titulares.

#### **4.1.3.- Delimitación conceptual de “artista intérprete o ejecutante” en la legislación española.**

Centrándonos en nuestra legislación, los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes se articulan por primera vez de manera expresa con la promulgación de Ley de Propiedad Intelectual de 1987<sup>70</sup>, claramente inspirada a estos efectos en los principios y esquema previstos en la Convención de Roma<sup>71</sup>. Así, el art. 101 de la LPI de 1987 definía al artista en términos muy similares a los del art. 3.a) de la citada Convención. Posteriormente, la

---

<sup>67</sup> Sin embargo, y según se indica en la nota 2.03 a la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas del año 2000, las Partes Contratantes pueden determinar en su legislación nacional *en qué punto una persona pasa a ser un artista intérprete o ejecutante con derecho a protección, tomando en consideración las prácticas establecidas del sector y, entre otros factores, si una persona tiene un papel con texto o forma parte del escenario de la actuación*.

<sup>68</sup> Así, por ejemplo, la Comunidad Europea.

<sup>69</sup> Vid. epígrafe 3 del Capítulo X.

<sup>70</sup> En nuestra legislación esta categoría de titulares carecía de una regulación específica hasta la promulgación de la LPI de 1987. Sin embargo, en el ámbito laboral existen antecedentes muy anteriores, destinados a regular la actividad de los artistas (*v.gr.*, Reglamentación Nacional de Trabajo para Profesionales de la Música, aprobada por Orden de 25 de junio de 1963; Orden de 28 de julio de 1972 por la que se aprueba la Ordenanza de Trabajo de Teatro, Circo, Variedades y Folklore; Orden de 31 de diciembre de 1948 por la que se aprueba la Reglamentación Nacional de Trabajo en la Industria de Cinematografía; Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos).

<sup>71</sup> Ratificada por España mediante instrumento de 14 de agosto de 1991.



redacción del art. 101 de la LPI de 1987 fue incorporada literalmente en el art. 105 del vigente TRLPI, sin que su redacción se haya visto modificada tras las distintas reformas de este cuerpo legal. Y así, conforme a este último precepto, *se entiende por artista intérprete o ejecutante a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra*. Es importante advertir que, al igual que la Convención de Roma, nuestra ley no contiene una definición de interpretación o ejecución. La protección se articula, por tanto, por referencia a los sujetos (artistas), y no al objeto (interpretación o ejecución), en relación con la actividad artística que desarrolle tal sujeto.

A pesar de que el tenor literal de la definición consignada en la Convención de Roma y en el texto de nuestra Ley no es coincidente, sin embargo, las diferencias entre ambas disposiciones no son significativas en cuanto al alcance real de su contenido. Así, y en primer lugar, el legislador español se aparta del texto del art. 3.a) de la Convención de Roma y suprime la enumeración de los sujetos protegidos (actor, cantante, etc.), haciendo referencia directamente a la actividad realizada por éstos, con el mismo carácter abierto o no taxativo, habida cuenta que se admite la interpretación o ejecución *en cualquier forma*.

Para un sector doctrinal<sup>72</sup> la enumeración de determinados colectivos o profesionales como son los actores, músicos o bailarines, incluida en la Convención de Roma, tiene como consecuencia directa la protección de cualesquiera de sus actuaciones, con independencia de la actividad que realicen. Ello conllevaría diferencias sustanciales con el sistema diseñado en el art. 105 TRLPI, toda vez que la protección se hace depender de la actividad y no del sujeto. Mas tal interpretación, no es, en todo caso, la que se infiere de la Convención de Roma, como vimos *ut supra*, ni tampoco sería extrapolable a nuestro ordenamiento, al amparo del carácter abierto de la descripción de las actividades que comportan la calificación como artista intérprete o ejecutante. La referencia expresa de los actores, cantantes, etc., tiene un carácter meramente ejemplificativo o enunciativo de quienes, precisamente, realizan con habitualidad una actividad creadora consistente en la interpretación o ejecución de una obra en cualquier forma, por ello se ha de considerar que la supresión de la mención expresa de tales colectivos en el texto de nuestra ley no es significativa, pues no empece tal realidad.

Es por ello que la supresión en nuestra legislación de esa referencia expresa a los actores, bailarines o músicos, insistimos, no es relevante, toda vez que los elementos determinantes son

---

<sup>72</sup> RODRÍGUEZ TAPIA advierte de los problemas interpretativos que suscita la Convención de Roma, al proponer como concepto previo la referencia al bailarín, actor, cantante o músico -RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 399.

la actividad (representar, cantar, recitar o interpretar o ejecutar en cualquier forma) y el objeto sobre el que recae (la obra), y no la categoría o colectivo profesional de quien la lleve a cabo. Por tanto, al hilo de esta interpretación, podemos afirmar, junto con la doctrina hoy mayoritaria, que no toda actividad artística constituye una verdadera *creación intelectual*<sup>73</sup>, sino tan solo aquella en que el artista realiza una auténtica interpretación –o ejecución- dotada de la necesaria originalidad.

En todo caso, y sin perjuicio de incidir en esta cuestión con posterioridad, cabe afirmar que la actividad artística a la que alude el art. 105 TRLPI requiere, para ser tal, la concurrencia de los presupuestos inherentes a cualquier creación, es decir, originalidad<sup>74</sup> y exteriorización<sup>75</sup>. Ambas características han de concurrir en la interpretación o actuación artística, y así acontece en la mayoría de los casos, ya que el artista lleva a cabo una actividad creativa al actuar, cantar, declamar, interpretar, etc., a la que aporta elementos intransferibles de su propia personalidad, dotando a su personaje o a su ejecución musical de matices y caracteres propios –su impronta personal–, que hacen a su interpretación distinta de la de cualquier otro, exteriorizándola, a partir de una comprensión y sentimiento propio mediante elementos tan personales como la imagen, la voz, etc.

A su vez, nuestra ley introduce una segunda diferencia, en referencia al término *declamar* consignado en el art. 3.a) de la Convención de Roma, sustituido en nuestra ley por el término *leer*. La divergencia entre ambos términos para algún sector doctrinal no es baladí, o al menos – como advierte OSSORIO SERRANO– resulta “perturbadora”. Para este autor<sup>76</sup> “en absoluto pueden considerarse equivalentes ambos conceptos (‘lea’ y ‘declame’), pues si *leer*, conforme a la primera de las acepciones con que cuenta la palabra según el Diccionario de la Lengua Española, significa ‘pasar la vista por lo escrito e impreso, haciéndose cargo del valor y significación de los caracteres empleados, y pronunciando o no las palabras representadas por estos caracteres’, y *declamar*, de acuerdo esta vez con la acepción cuarta que le atribuye nuestra Real Academia, que es lo que entiendo que aquí debe importarnos [sostiene el citado autor],

---

<sup>73</sup> El art. 10 TRLPI define como obras *todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*. Es por ello que de tal definición se dice que son dos los requisitos para hallarnos ante una creación intelectual: la originalidad y su exteriorización por cualquier medio.

<sup>74</sup> Originalidad en sentido subjetivo -impronta personal- y no la originalidad en sentido objetivo o novedad que se exige por ejemplo en el ámbito de la propiedad industrial.

<sup>75</sup> El ámbito de las ideas escapa, como es sabido, a la protección que dispensa la propiedad intelectual –derecho de autor-, de modo que toda idea para ser protegida ha de ser exteriorizada, transferida al mundo de los sentidos y ser susceptible de percepción.

<sup>76</sup> OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol. 4º-B, Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual, dirigidos por Albadalejo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia, Tomo V, vol. 4-b, EDESA, Madrid, 1995, pág. 341.

equivale a ‘recitar la prosa o el verso con la entonación, los ademanes y el gesto conveniente’, hay que admitir que no se trata de lo mismo, pues aún en caso de que el que lea lo pronunciando en voz alta las palabras, no necesariamente ha de llevarlo a cabo utilizando también una especial entonación, acompañada del gesto y del ademán que para lograrla resulten convenientes; entonación, ademanes y gesto adecuado que, por el contrario, sí que parecen imprescindibles en caso de una declamación; actividad que es mucho más propia y cercana a la labor de un artista que la que consiste, sin ningún tipo de ‘aportación personal’ (salvo para hacer audible lo que está escrito), en leer unas cuartillas”.

Sin embargo, a pesar del sentido etimológico del término “leer”, una interpretación hermenéutica y finalista de la norma, atendiendo a los propios antecedentes –basta reiterar lo expuesto anteriormente en relación con el alcance e interpretación del art. 3.a) de la propia Convención de Roma–, de la *ratio legis* que sirve de fundamento a la protección de los artistas en orden a la protección de su actividad creativa o aportación personalísima mediante el desarrollo de su actividad, así como al contexto (en buena lógica se colige que la realidad del mercado no admitiría la protección, con el consiguiente reconocimiento de derechos exclusivos y de remuneración, de cualquier grabación audiovisual en la que simplemente quedase registrada la aparición de una persona leyendo cualquier texto), nos lleva a concluir que el término *leer* ha de ser considerado como sinónimo de *declamar*. Ello se justifica por la propia exigencia de “originalidad” o aportación personal connatural a la interpretación, ya que tal lectura para alcanzar cierto grado de impronta personal requeriría de cierta entonación, gestualización, aspectos inherentes a la propia definición de declamación. En caso contrario, es decir, en ausencia de tales actividades complementarias, se ha de concluir que la simple lectura no cabe ser considerada como una actividad propia del artista<sup>77</sup>.

Por último, nuestra ley se refiere a la interpretación de una “obra” sin más añadidos, y sin contemplar, en términos análogos a lo previsto en el art. 9 de la citada Convención de Roma<sup>78</sup>, la

---

<sup>77</sup> Precisamente la ausencia de actividad creativa es la que, según CABANILLAS SÁNCHEZ, conlleva el que, de acuerdo con la opinión dominante, los locutores de un noticiario radiofónico o televisivo no merezcan la consideración de artistas intérpretes o ejecutantes, porque se limitan meramente a leer la noticias, sin que exista ninguna actividad creativa. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2ª ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 1550. Argumento que es extrapolable a cualquier otra situación en la que una persona se limite a leer un texto que quede registrado en un fonograma o en una grabación audiovisual (v.gr., cualquier actividad de mera presentación o conducción de un programa, con carácter general).

<sup>78</sup> A diferencia de nuestra ley, otras legislaciones como la francesa, confieren protección al artista de circo o de variedades, amparada en el art. 9 de la Convención de Roma que previene que cada Estado Contratante “podrá, mediante su legislación nacional, extender la protección a artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas”. En concreto, el artículo L 212-1 del Código de Propiedad Intelectual francés, de 3 de julio de 1985, prevé que *con exclusión de los intérpretes y ejecutantes auxiliares, considerados como tales en la práctica profesional, el artista intérprete o ejecutante será la persona que represente, cante, recite, declame, toque o ejecute de cualquier otra forma una obra literaria o artística, un programa de variedades, un número circense o un pase de marionetas*.

posible protección de aquellos artistas que no interpreten o ejecuten una obra (v.gr., artistas de variedades o folclore, en el caso, de que éste no sea considerado merecedor de tal consideración, como arguye algún sector dogmático, por carecer de la nota de originalidad). Por ello, para apreciar la concurrencia de este último presupuesto, inherente al objeto sobre el que recae la actividad artística, habrá que acudir a lo previsto en los arts. 5 y 10 TRLPI.

Lo anterior no es óbice para la protección de toda aquella actuación artística que no se lleve a cabo partiendo de una obra preexistente sino que consiste en la improvisación<sup>79</sup> del propio artista, —cual sucede, v.gr., con las actuaciones de jazz, humorísticas, etc.—, en la que el artista no interpreta y ejecuta un obra previa sino que coetáneamente crea la obra<sup>80</sup>, ostentando, en consecuencia, y a la par, la condición de autor y artista.

#### 4.1.4.- La dicotomía “intérprete” o “ejecutante”.

La fórmula dicotómica empleada por la Convención de Roma, aún con su ambición comprensiva y convencional, fue adoptada por las legislaciones nacionales, incluida la española, prescindiendo de todo análisis y consideración en la mayoría de los casos. Mas, sobre todo sin reparar que los términos o conceptos jurídicos indeterminados, compuestos, complejos o ambiguos suelen ser fuente de conflictos y de efectos perversos en el desenvolvimiento práctico de los derechos. Tan es así que el debate sobre la distinción o clasificación de los artistas entre *artistas intérpretes* y *artistas ejecutantes*, arrastrado desde la Convención de Roma en las lenguas española y francesa<sup>81</sup>, no así en la inglesa<sup>82</sup>, sigue estando vivo y se manifiesta esporádicamente en el ámbito judicial y de la gestión colectiva; en tanto que media mayor consenso en torno a la clasificación de los artistas en función de la modalidad de interpretación que desarrollen.

Como nos indica MASOUYÉ, “la descripción de las distintas situaciones que se ofrecen en el artículo 3 de la Convención de Roma, resuelve la cuestión de si hay que hacer o no alguna

---

<sup>79</sup> No en vano el Glosario de la OMPI define la “improvisación” como “la creación de una obra al mismo tiempo de su representación o ejecución. La improvisación en público significa que la expresión y la divulgación de la obra se producen de forma simultánea”. *Glosario de Derecho de autor y Derechos conexos*, publicado por la OMPI, Ginebra, 1980, pág. 131.

<sup>80</sup> En este sentido se pronuncia la Declaración concertada relativa al artículo 2.a) del Tratado de Beijing, conforme a la cual queda entendido que la definición de ‘artistas intérpretes o ejecutantes’ incluye a aquellos que interpreten o ejecuten obras literarias o artísticas que han sido creadas o fijadas por primera vez durante la interpretación o ejecución.

<sup>81</sup> *Artistes interprètes ou exécutants*.

<sup>82</sup> *Performers*; aunque en la práctica, así como en determinadas legislaciones nacionales (v.gr., la Sección 114.g del *Copyright Act* estadounidense, en relación con los beneficiarios de los ingresos derivados de la licencia legal de ciertas transmisiones sonoras), los artistas también se suelen clasificar en dos grupos: *featured* y *non-featured*, que, en cierto modo, podrían asimilarse a los intérpretes y a los ejecutantes, respectivamente —si bien, en realidad, el *featured* es el artista (solista o grupo) que aparece en la portada del álbum (v.gr., Michael Jackson o Led Zeppelin), y el *non-featured* es el músico de acompañamiento.

diferencia, desde el punto de vista de la protección, entre la noción de ‘artista intérprete’ y la de ‘artista ejecutante’. Es evidente que esta cuestión no se plantea al emplear la lengua inglesa, en la cual la misma palabra *-performer-* sirve en todos los casos. No hay duda de que el artista ejecutante puede, al propio tiempo, ser intérprete de la obra; en general, la expresión ‘artista ejecutante’ se aplica más especialmente al que participa en la ejecución colectiva de composiciones musicales (así, los directores de orquesta, o los músicos que forman parte de un conjunto de instrumentistas), mientras que la expresión ‘artista intérprete’ se aplica a los músicos que actúan individualmente (solistas) y a los artistas que representan obras teatrales (actores). Para eliminar cualquier ambigüedad, en las deliberaciones de Roma se convino que los directores de conjuntos instrumentales o vocales deben considerarse incluidos en la definición de ‘artista intérprete o ejecutante’<sup>83</sup>.

De lo anterior se sigue, entonces, que en las deliberaciones de Roma se consideró superfluo definir separadamente el término “ejecución”. Éste se refiere a la actividad de un artista intérprete o ejecutante en cuanto tal. Lo cierto es que –y esto lo precisa claramente el informe del Relator General de la Conferencia– se decidió que cada vez que en la Convención se emplea el término “ejecución”, este debe ser entendido en sentido genérico, comprensivo igualmente de la recitación y la representación. Resulta palpable, entonces, que dicha distinción no deja de tener un alcance eminentemente doctrinal de escasa transcendencia práctica, ya que, en todo caso, el artista como categoría genérica tiene reconocidos determinados derechos, sin diferencia alguna en función de la modalidad concreta de actuación llevada a cabo<sup>84</sup>.

De hecho, el término *interpretación* ya constaba en la versión española del art. 3.a) de la Convención de Roma como una modalidad más de actuación por parte del artista intérprete o ejecutante<sup>85</sup>, asimilada a *jouer* (versión francesa) y *play* (versión inglesa). En este contexto ambos términos, *y play*<sup>86</sup>, se traducen como *interpretar*, con un único sentido, que en esencia se corresponde con la representación de la obra (actuación, canto, baile, etc.). Sin embargo, en español dicho verbo admite otra acepción: concebir, ordenar o expresar de un modo personal la realidad<sup>87</sup> (en este caso la obra literaria o artística o expresión del folclore); por ejemplo, el

---

<sup>83</sup> MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma*, *óp. cit.*, págs. 26 y 27.

<sup>84</sup> Desde el punto de vista dogmático, a pesar del amplio debate doctrinal, lo cierto es que no existe consenso, ni un posicionamiento concluyente, sobre la diferenciación entre ejecución o interpretación, sino que, en función de autor se establecen distinciones o concomitancias, dependiendo más de cuestiones de matiz y apreciaciones subjetivas que de aspectos o fundamentos técnico jurídicos.

<sup>85</sup> Sin embargo, la versión francesa, pese a distinguir igualmente entre artista intérprete o ejecutante, no contiene el verbo *interpretar*, que se añade, precisamente, en los arts. 2 del WPPT y del Tratado de Beijing.

<sup>86</sup> Ambos términos significan *jugar*, verbo que en inglés y francés también se emplea para referirse a la acción de interpretar o ejecutar una obra.

<sup>87</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22ª edición, Madrid, 2001.

director de orquesta, que *interpreta* la obra musical sin ejecutar ninguna de sus piezas<sup>88</sup>. En este sentido, conforme al Informe de la Conferencia Diplomática de Roma de 1961, el director de orquesta es considerado artista intérprete, sin que, a juicio de FICSOR<sup>89</sup> existiera una base sólida (en la definición de artista intérprete o ejecutante) para ello. Este debate motivó la inclusión de dicha modalidad en el WPPT (y, más tarde, en el Tratado de Beijing), al objeto de ofrecer una definición más amplia, que reconociera la condición de artista intérprete o ejecutante a aquél “cuya única contribución a la interpretación o ejecución es la interpretación de la obra [ejecutada por otros, y conforme a la dirección de aquél]”.

En todo caso y sentado lo anterior, cumple advertir, no obstante, que tanto la Convención de Roma, como el WPPT y el Tratado de Beijing, dejan un amplio margen al legislador nacional, e incluso a los tribunales, para apreciar la condición de artista intérprete o ejecutante en cada caso concreto. A tal efecto, los tres instrumentos, tras enumerar las distintas modalidades de actuación (representar un papel, cantar, recitar, declamar, interpretar), añaden una suerte de cláusula de cierre, que engloba a toda persona que *ejecute* (interprete) *en cualquier forma* una obra literaria o artística o expresión del folclore.

En definitiva, “artista intérprete o ejecutante” comprende un concepto ambivalente de “artista”, constituyéndose así, al menos en las lenguas españolas y francesa, que no en la inglesa<sup>90</sup>, una fórmula jurídica instrumental para definir una única actividad creativa (la interpretación o ejecución artística) que admite diversas formas de exteriorización (v.gr., representar un papel o actuar, bailar, cantar, recitar, declamar, etc.). Ello conlleva, a su vez, que dicho concepto “englobe en un mismo grupo una categoría muy amplia de personas”<sup>91</sup> (v.gr., actores, bailarines, músicos, etc.), todos ellos “artistas”, en la medida en que con su actividad creativa y original “interpreten o ejecuten” una obra literaria o artística o una expresión del folclore –en los términos que más adelante se dirá-, y, como tales, titulares de derechos de propiedad intelectual.

## 4.2.- El artista.

Sentadas las bases de la conceptualización por el derecho positivo del “artista intérprete o ejecutante”, como sujeto titular de derechos de propiedad intelectual, y desechada la dicotomía entre artistas intérpretes o artistas ejecutantes, por su nula trascendencia práctica y jurídica, el

---

<sup>88</sup> Según el Informe de la Conferencia Diplomática de Roma de 1961, el director de orquesta es considerado artista intérprete.

<sup>89</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, óp. cit., p. 241.

<sup>90</sup> Recuérdese que conforme al art. 33.1 de la Convención de Roma, las versiones española, francesa e inglesa del texto de dicho instrumento son igualmente auténticas.

<sup>91</sup> MASOUIÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma*, óp. cit., pág. 27.

siguiente paso obligado es el análisis hermenéutico del concepto “artista”, en cuanto que término unívoco<sup>92</sup> comprensivo tanto de intérpretes como ejecutantes, para colegir los elementos o criterios que permitan acotar, desde un punto de vista jurídico, los supuestos que se incardinan en la definición de artista.

La amplitud y generalidad con que se expresa la definición del artista “intérprete o ejecutante”, junto con la ausencia de exhaustividad en la enumeración de las actividades artísticas que se incardinan en la propia definición legal, imponen una interpretación teleológica de la norma, en coherencia con los antecedentes y fundamento de la protección de esta categoría de titulares.

Con todo, la labor impuesta se acomete teniendo presente la dificultad de extraer presupuestos objetivos que de una forma irrefutable sean aplicables como reglas empíricas para catalogar las interpretaciones o ejecuciones amparadas por la norma. Tal labor, no obstante, sí ofrece un resultado más preciso, en sentido negativo, esto es, para determinar aquellas actividades que no hallan amparo bajo el concepto legal que nos ocupa.

Los únicos elementos o términos definitorios que nos facilita el legislador para describir al artista, siguiendo el tenor literal del art. 105 TRLPI, como vimos, son tres: (i) el titular o sujeto: el artista es una *persona física*; (ii) la actividad: consiste en *representar, cantar, leer, recitar, interpretar o ejecutar en cualquier forma*; y, (iii) el objeto de la actividad artística: una *obra*, preexistente o creada por primera vez durante la interpretación (una *improvisación*).

La simple lectura del anterior precepto suscita no pocas dudas interpretativas que han sido objeto de un amplio, y no siempre coincidente, tratamiento dogmático. Y es que, términos como *representar, interpretar o ejecutar* no tienen una acepción unívoca, máxime, cuando además es admisible llevar a cabo tales actividades en *cualquier forma*. Es más, el legislador impone una condición adicional, como es que las referidas actividades recaigan sobre una obra, sin especificar el tipo o categorías de obras susceptibles de ser interpretadas<sup>93</sup>.

Consecuentemente, nos vemos avocados a desarrollar una triple delimitación conceptual de “artista”, a saber: tanto desde su perspectiva *subjetiva* - qué tipo de personas pueden integrar

---

<sup>92</sup> Nuestra ley y parte de la doctrina abandonan el estéril debate sobre la categorización en unas u otras determinadas modalidades de actuaciones artísticas, resuelto, mediante la utilización indistinta de conceptos como “actuación” o “prestación” artística para referirse al objeto protegido.

<sup>93</sup> El mismo resultado se infiere de la definición común incorporada a la Convención de Roma, el WPPT y el Tratado Beijing, al aludir a las obras literarias y artísticas, salvo por la incorporación de la expresiones de folclore, que estos dos últimos añaden. La obra literaria según la definición del art. 2 del Convenio de Berna, comprende *todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión*, seguida de una enumeración no taxativa.

dicho concepto jurídico- como *funcional* – esto es, qué tipo de actividades son definitorias de la condición artística-, y, finalmente *objetiva*, para determinar qué tipo de obras o creaciones constituyen el objeto de la actividad artístico-interpretativa.

a).- *Delimitación subjetiva: el artista es una persona física.*

Respecto al primer criterio definitorio, “el titular” o el sujeto creador, la ley nos dice que el artista es una persona, ahora bien, atendiendo a las actividades que ha de realizar, tan sólo cabe concluir que necesariamente ha de tratarse de una persona física<sup>94</sup>.

No existe en este ámbito una previsión análoga a la que incardina el art. 8 TRLPI para los autores, que ampare la figura de la titularidad de una persona jurídica sobre la “interpretación colectiva”. Ello se infiere no sólo del carácter personal de las actividades que atribuyen la condición de artista, sino de la propia regulación de los derechos exclusivos y su forma de ejercicio que diseña el legislador *ex. arts.* 106 a 110 TRLPI, en los que la propia autorización o cesión de las facultades de exclusiva sobre la interpretación o ejecución, se confieren de manera individual a cada artista.

De establecerse un paralelismo con la obra colectiva resultaría que la “interpretación colectiva”<sup>95</sup> vendría a ser aquélla creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones

---

<sup>94</sup> Para OSSORIO SERRANO, el hecho de que nuestro legislador obviara añadir el término “física” estaría justificado por “cuanto pudo entender que nada más lógico que el que cante, lea, recite, etc., una obra, sea siempre un ser humano, o al menos un grupo de ellos (orquesta, coro...), pero siempre considerados cada uno de los artistas intervinientes en su propia individualidad”. OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, *Comentarios al Código Civil, óp. cit.*, pág. 348. En este sentido se pronuncia CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, óp. cit.*, pág. 1553. Así es entendido no solo con referencia a nuestro ordenamiento, sino con carácter general, respecto a los distintas legislaciones nacionales y normas supranacionales. Cumple traer a colación lo expuesto por ANTEQUERA PARILLI, quien considera que “como el autor, el artista es también una persona física. El autor, porque únicamente el ser humano puede crear; y el artista porque su prestación constituye una labor intelectual personal, ya que la actuación teatral o la ejecución musical por ejemplo, sólo la hacen posible las personas naturales” -ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Reus, Madrid, 2007, pág. 131.

<sup>95</sup> Para SÁNCHEZ ARISTI, cabe dotar a las interpretaciones o ejecuciones colectivas de un estatus propio, en tanto bien inmaterial, distinto de la suma de sus partes, cuando la aportación de un artista queda fundida en el seno de una actuación conjunta -lo que vendrá determinado por que la interpretación o ejecución de determinada obra sólo pueda lograrse mediante la suma de las actuaciones de varios artistas-. Estima en estos casos, que no es posible limitarse a considerar que cada miembro del colectivo obtendrá los derechos sobre su actuación personal, ya que junto a la interpretación o ejecución de cada parte surge la interpretación o ejecución conjunta. Señala, el citado autor, que, aunque la ley se desentienda de esta cuestión, lo más probable es que la realización de una interpretación o ejecución colectiva dé lugar al surgimiento de una comunidad o copropiedad de la misma. Resultando de aplicación en consecuencia los artículos 392 y siguientes del Código civil. SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 1431. Tal solución se enfrenta, en cambio, a la ausencia de una disposición expresa en la ley especial que rige la materia –no se ha de obviar que el art. 111 TRLPI regula de manera específica el régimen de concesión de las autorizaciones necesarias para la explotación de este tipo de interpretaciones o ejecuciones “colectivas”, sin mención alguna de su sometimiento al régimen de la comunidad de bienes–, amén de que su ámbito de aplicación queda circunscrito, casi exclusivamente, a aquellos meros ejecutantes musicales, y de manera más limitada actores de teatro (en este caso, atendiendo al sistema de contratación laboral imperante, cabría pensar más en meros figurantes, si no fuera porque su protección es más que dudosa), cuya aportación en todo caso resulte de imposible identificación de manera individualizada-; asimismo, este régimen tampoco parece acomodarse a la realidad del sistema de legitimación mortis causa de los artistas, o a las prácticas contractuales imperantes en el sector.



de diferentes artistas cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la interpretación realizada. Ello determinaría que la titularidad de prácticamente la totalidad de las interpretaciones fonográficas o audiovisuales fuera atribuida, en la mayoría de los casos, respectivamente, al productor fonográfico o al productor audiovisual, quedando vacío de contenido el régimen sustantivo de protección de los artistas. Se debe añadir que a tenor del apartado 2 del art. 5 (cuya aplicación al ámbito que nos ocupa tan sólo cabría por analogía), como excepción a la protección que la Ley concede al autor, se prevé que podrán beneficiarse de la misma tan sólo aquellas personas jurídicas *en los casos expresamente previstos* en la ley. De ello se colige que, ante la inexistencia de una regulación expresa de la titularidad originaria de los derechos de los artistas por parte de una persona jurídica, ésta no tiene cabida en el régimen especial de propiedad intelectual que para este colectivo diseña nuestra ley<sup>96</sup>.

*b).- Delimitación de la actividad: representar, cantar, leer, recitar, interpretar o ejecutar en cualquier forma.*

El segundo elemento o criterio que se incardina en la definición de artista, como hemos anticipado, nos ofrece una descripción amplia y no taxativa de las actividades inherentes a tal condición. La anterior afirmación encuentra su apoyo en la expresión empleada por el legislador *o en cualquier forma*. Por tanto, nada obsta que otro tipo de actividades, no citadas expresamente en el art. 105 TRLPI, puedan describir igualmente la labor del artista.

Ahora bien, cabe preguntarse si es posible establecer algún tipo de conexión o común denominador entre las diversas actividades descritas. A tales efectos, se ha de analizar su etimología, acudiendo para ello, en primer lugar a las definiciones del Diccionario de la Lengua Española<sup>97</sup> (de la Real Academia Española), en las acepciones que se han considerado aplicables al objeto de este estudio<sup>98</sup>. Así se entiende por:

---

<sup>96</sup> Entendemos que esta misma conclusión es extrapolable respecto a la posible titularidad de derechos que pueda ostentar v.gr., un coro, ballet, compañía teatral, etc. constituido como persona jurídica, toda vez que la ley no dispone previsión alguna que ampare tal titularidad.

<sup>97</sup> Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 22ª edición, 2001.

<sup>98</sup> Por las razones expuestas precedentemente se excluye de este análisis la actividad consistente en la mera “lectura”, al considerar la misma excluida, o en su caso, asimilada a la “declamación”.

- *Representar*: “1. tr. Hacer presente algo con palabras o figuras que la imaginación retiene; 2. tr. Informar, declarar o referir; 4. tr. Recitar o ejecutar en público una obra dramática; 5. tr. Interpretar un papel de una obra dramática”.
- *Cantar*: “1. intr. Dicho de una persona: Producir con la voz sonidos melodiosos, formando palabras o sin formarlas. Cantar con buena voz. U. t. c. tr. Cantar una canción, zarzuela, un salmo”.
- *Recitar*: “1. tr. Referir, contar o decir en voz alta un discurso u oración; 2. tr. Decir o pronunciar de memoria y en voz alta versos, discursos, etc.”.
- *Interpretar*: “1. tr. Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto. 5. tr. Representar una obra teatral, cinematográfica, etc. 6. tr. Ejecutar una pieza musical mediante canto o instrumentos. 7. tr. Ejecutar un baile con propósito artístico y siguiendo pautas coreográficas”.
- *Ejecutar*: “1. tr. Poner por obra algo; 3. tr. Desempeñar con arte y facilidad algo; 4. tr. Tocar una pieza musical”.

En el ámbito específico de esta materia, el Glosario OMPI nos facilita las siguientes definiciones<sup>99</sup>:

- *Representación o ejecución de una obra*: “Se entiende generalmente que se refiere a la interpretación de una obra mediante acciones tales como la escenificación, recitación, canto, danza, o proyección, bien sea ante un grupo de auditores o espectadores, en presencia de los mismos, o bien transmitiendo la interpretación con ayuda de mecanismos o procesos técnicos tales como micrófonos, radiodifusión o televisión por cable. La representación o ejecución de obras de folclore es compatible con la comprensión general del término interpretaciones o ejecuciones de obras literarias o artísticas, que se utiliza en el Convenio de Roma. Sin embargo, la representación o ejecución puede consistir también en actuaciones distintas de la representación de la obra, por ejemplo en el caso de las actuaciones de los artistas de variedades”.

---

<sup>99</sup> Glosario de Derecho de autor y Derechos conexos de la OMPI, págs. 182 y 217.

- *Recitación de una obra*: “es la presentación oral de una obra literaria, sea en la presencia de un auditorio o sea transmitida por cualquier medio o proceso técnico, tales como un micrófono, un fonograma, radiodifusión”.

Efectivamente, la delimitación conceptual de las anteriores actividades evidencia la concurrencia de distintos puntos de conexión entre todas ellas.

En las distintas acepciones aparece un denominador común, esto es, la exteriorización de una obra en sentido amplio, flexible y diverso. Unas veces la actividad definida está referida a categorías concretas de obras (*v.gr.*, obra coreográfica, dramática, teatral, cinematográfica, musical) y, en otras, se alude a modalidades concretas de las distintas categorías (*v.gr.*, textos, versos, etc.) que constituyen modalidades de la obra literaria.

Asimismo, los términos referidos aluden a la realización de una actividad que exige desplegar cualidades mentales o elementos cognoscitivos para crear la idea o la solución artística en que se concreta su creatividad –en el caso del actor un nuevo personaje-, destacando entre tales las facultades intelectuales o mentales a la imaginación –pensamiento en imágenes, ya que nuestra mente siempre crea y razona a base de imágenes-, la abstracción y el raciocinio, etc.

A su vez, las distintas actividades coinciden en cuanto a los instrumentos o medios empleados para exteriorizar las obras –las ideas o soluciones creativas elaboradas por la mente-, siendo estos principalmente: la expresión verbal, corporal, el baile, el canto, etc. Es decir, los artistas, salvo que utilicen un instrumento musical, en la inmensa mayoría de los casos –en el supuesto del actor es el 100% de tales casos- su instrumento creativo o recursos expresivos para externalizar las ideas son atributos de su personalidad: voz, cuerpo, movimiento, gesto, pausa, silencios, etc. De ahí que su actividad siempre sea personalísima, de cuyo calificativo se derivarán luego otros efectos extraordinarios, sobre todo, de cara a evaluar el grado de originalidad del fruto de su actuación.

De cuanto antecede una conclusión podemos establecer: que las actividades artísticas enumeradas a título enunciativo en el art. 105 TRLPI denotan que el “artista intérprete o ejecutante” lo que comúnmente hace es representar, cantar, leer, recitar, interpretar o ejecutar una obra o creación previa, la cual puede ser ajena –cuando, *v.gr.*, declama un poema o ejecuta una partitura musical- o propia cuando desarrolla una improvisación o cuando interpreta o actúa

un personaje escénico o audiovisual que previamente a creado con las pautas de una obra dramático-literaria o de un guión.

Mas toda esa amalgama descriptiva de actividades artísticas no son definidas ni conceptualizadas por el texto legal -como hubiera sido deseable-, lo cual induce a no pocas interpretaciones y confusiones terminológicas de efectos variopintos. La ley no dice cómo se han conjugar esas actividades genéricas con la particular intervención del artista en el proceso creativo pues, por ejemplo, lo que el público-espectador percibe de un actor de teatro o de cine es tan solo al externalización y concreción de un personaje que previamente ha concebido, sin pararse a pensar que esa interpretación o actuación de un personaje ha requerido una fase previa de interpretación del texto literario -obra preexistente- y otra de creación o construcción del nuevo y diferente personaje escénico o audiovisual que luego va a encarnar o actuar ante ese público o ante la cámara.

Esta conclusión inicial nos servirá, asimismo, para clarificar el tercer criterio impuesto por el legislador nacional, esto es, la “obra” interpretada o ejecutada.

*c).- Delimitación por el objeto: la relación de la actividad artística con la obra.*

Las actividades artísticas han de desarrollarse o recaer, según el art. 105 TRLPI, en relación a una obra<sup>100</sup>, concepto que es definido en el art. 10 TRLPI, como *todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*. En los siguientes apartados del citado precepto se enumeran una serie de categorías que merecen la consideración de obra, sin que dicha lista deba entenderse como una enumeración *numerus clausus*. Por consiguiente, dentro del amplio género que constituye la obra, intentaremos determinar qué especies o categorías son las que relacionan con la actividad del artista, es decir, a qué obras se refiere la definición del mentado art. 105.

---

<sup>100</sup> No obstante, algunos sectores doctrinales entienden que son susceptibles de protección las interpretaciones de “no obras”, en este sentido se manifiesta RODRÍGUEZ TAPIA, como respuesta a la posible protección de interpretaciones de folclore contenida en la entonces Propuesta básica de diciembre de 1996 de la OMPI, finalmente incorporada en el WPPT y en el Tratado Beijing, por considerar que no se refiere exclusivamente a que “el folclore sean obras de dominio público, por su antigüedad, es que probablemente no son obras -por falta de originalidad- en el sentido del artículo 10. De ahí que no es seguro que el literal tenor del artículo 105 impida la protección de interpretaciones de mensajes banales o no creativos o de sonidos, que no reúnan la condición de creaciones protegibles. Es muy llamativa la disparidad de trato que la letra de la Ley española dispensa a artistas, en comparación con productores audiovisuales (art. 120) y fonográficos (art. 114), que obtienen protección aunque el fonograma o el videograma no contengan obras protegibles. No creo que la finalidad de la Ley (art. 3 CC) sea dispensar un mejor trato a productores que a artistas” -RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1997, *óp. cit.*, pág. 403.

Respecto a las obras y categorías de éstas, previstas en nuestra ley, ROGEL VIDE<sup>101</sup> tiene dicho que “las creaciones, objeto de propiedad intelectual, pueden ser de la más diversa índole y expresarse por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, siendo referidas las principales en el art. 10 LPI”. Así, el 10.1.a) se refiere, específicamente, a las obras del lenguaje, dentro de las cuales cabe distinguir entre escritos –libros, folletos, impresos- y obras orales – discursos, alocuciones, conferencias, informes forenses y explicaciones de cátedra. El 10.1.b) alude a las composiciones musicales, con o sin letra. El 10.1.c), trata las obras teatrales, género del cual serían especies traídas a colación expresamente por la LPI las obras dramáticas, las obras dramático-musicales, las coreografías y las pantomimas, contando con letra las primeras y careciendo de ella coreográficas y pantomimas. El 10.1.d), por su parte, trata de las obras audiovisuales. El 10.1.e) de las obras plásticas.

En análogos términos se expresa BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO<sup>102</sup>, de cuyo estudio doctrinal sobre el art. 10, se extraen algunas conclusiones válidas para complementar la anterior clasificación. Así, precisa este autor que, en la primera categoría comprensiva de las obras del lenguaje estarían comprendidas todas las obras literarias (escritas y orales), todas las obras derivadas citadas en el art. 11 (traducciones y adaptaciones; revisiones, actualizaciones y anotaciones; compendios, resúmenes y extractos, arreglos musicales; y cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica), y en el art. 12 (colecciones y bases de datos). Sin embargo, los límites entre unas y otras categorías no son nítidos y se desdibujan. A este respecto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO pone de manifiesto cómo, en muchos casos, se trata de obras complejas, “en las que diversos elementos concurren a formar las partes integrantes de la obra nueva”.

Por su parte, la obra audiovisual, a juicio igualmente de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “es una obra compleja en cuya creación colabora normalmente una pluralidad de sujetos, aportando cada uno su propia obra”. La contribución de cada uno de ellos, por tanto, “puede tener el carácter de obra originaria. Así ocurre en el caso de autores de composiciones musicales, y así puede ocurrir en el caso de los autores del argumento, guión o diálogos”. En efecto, esa es la configuración que de la obra audiovisual establecen el art. 7, por remisión del 87, y en relación con el 86, del TRLPI, esto es, como una obra en colaboración, fruto de varias aportaciones creativas. En este género, estarían comprendidas –a juicio de PÉREZ DE CASTRO<sup>103</sup>- las obras

---

<sup>101</sup> ROGEL VIDE, Carlos, *Directores de escena, óp. cit.*, pág. 60.

<sup>102</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2ª ed., Tecnos, Madrid 1997, págs. 161-178.

<sup>103</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, coord. Rogel Vide, Carlos, Reus, Madrid, 1999, pág. 101.

cinematográficas, las televisivas, las videográficas, los videoclips y los videojuegos. Coincide con tal categorización de especies dentro del género “obra audiovisual” CASAS VALLES<sup>104</sup>, que alude a la citadas obras cinematográficas, las obras videográficas o videogramas, las obras televisivas, añadiendo una nueva especie como es la de los videojuegos.

Hasta aquí valoramos positivamente la loable intención de la doctrina por desglosar con mayor detalle la diferente tipología de obras que de modo enunciativo expresa el art. 10 TRLPI, hasta llegar a la categoría de obra que mayor vinculación manifiesta con la actividad creativa del actor: la obra audiovisual. A partir de aquí, todo intento de clasificación de las obras referidas en el art. 10 TRLPI susceptibles de ser interpretadas por el actor yerra estrepitosamente *ab initio*. Sobre todo porque en dichas clasificaciones se suelen incluir obras o creaciones que no pueden ser actuadas directamente, aunque parezca lo contrario, cual sucede respecto de las audiovisuales – pues son el resultado de otra actuación o interpretación-, o, más paradójicamente las dramático-literarias, que tan sólo son interpretadas por el director escénico y por el actor en sentido hermenéutico, pero no en el sentido de representación o actuación actoral o teatral, pues el actante lo que representa o actúa –y si se quiere estirar el término, interpreta en dicho sentido- es un personaje nuevo y diferente del creado por el autor de la obra dramática, aunque basado en sus cualidades y caracteres básicos.

Por no considerar la anterior cuestión, *v.gr.*, CABANILLAS SÁNCHEZ<sup>105</sup>, viene a decirnos que, en relación con la interpretación o ejecución, esto es, en relación a las obras susceptibles de interpretación o actuación, deberán tenerse en cuenta las siguientes: a) las composiciones musicales, con o sin letra; b) las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales; c) las obras cinematográficas y cualesquiera otras audiovisuales.

Más sencillo hubiera sido delimitar en sentido negativo el concepto amplio de “artista” –no solo de actor-, pues determinadas categorías de obras, por su propia configuración, no pueden constituirse en objeto de las actividades descritas en el art. 105 TRLPI. Y así podríamos excluir, por razones obvias, determinadas categorías pertenecientes a las obras del lenguaje (*v.gr.*, folletos, impresos, epistolarios, informes forenses, etc.), las obras plásticas (*v.gr.*, esculturas,

---

<sup>104</sup> CASAS VALLÉS, Ramón, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol. 4º-B, Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual, dirigidos por Albadalejo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia, Edersa, 1995, págs. 122-125.

<sup>105</sup> CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 1550.

obras de pintura, dibujo, obras fotográficas), las obras científicas, etc<sup>106</sup>. De manera que, imposibilidad de que este tipo de obras sean interpretadas en el sentido de actuadas o representadas, determinaría, en todo caso, si no la exclusión del ámbito de aplicación del art. 105 TRLPI, sí su irrelevancia práctica, por su carácter anecdótico, desde un punto de vista aplicativo de la norma.

Sin perjuicio de lo anterior, llegados a este punto, resulta oportuno constatar que de forma unánime la doctrina, ante la dificultad de diferenciar con nitidez los distintos géneros de obras, concluye que lo importante no es la pertenencia a una u otra categoría o género de los enunciados en los arts. 10 y siguientes del TRLPI. Lo realmente relevante, es que las mismas satisfagan los presupuestos que han de concurrir para que podamos hablar de “obra”, como objeto de propiedad intelectual, a saber: “una creación intelectual original, expresada en cualquier modo y exteriorizada”.

Los anteriores argumentos justifican la opción adoptada por el legislador al determinar que la actividad artística se relaciona con una “obra”, sin calificar o determinar el tipo o categoría de obra. El aspecto relevante es que la interpretación o ejecución –en sentido de representación o actuación- del actor, en nuestro caso, constituya o recaiga sobre un personaje que él ha creado –por tanto original y obra en sentido amplio- y que ha exteriorizado mediante la actuación.

Por tanto, la importancia del tipo de obra interpretada decae como elemento definitorio integrado en el referido art. 105 TRLPI, sirviéndonos tan sólo como un criterio negativo, para excluir todos aquellos supuestos en que la actividad artística no tenga por objeto la interpretación –representación o actuación- de una obra (v.gr., las actividades propias de los deportistas, malabaristas, modelos, etc., sin perjuicio de sus derechos de imagen que, en muchas ocasiones, se confunden con los intelectuales).

Finalmente, mas no por ello de menor trascendencia, la formula que el legislador español utiliza en el art. 105 TRLPI se manifiesta pretensiosamente omnicomprendensiva y, sin embargo, resulta ser incompleta a todas luces, abierta e incoherente conceptualmente hablando -sobre todo por lo que respecta a su delimitación objetiva. Es decir, la fórmula de cierre objetiva que emplea para definir al artista como la persona que “interprete o ejecute en cualquier forma una obra” se

---

<sup>106</sup> La imposibilidad de interpretar obras científicas se constata, por motivos de evidente lógica y coherencia con las actividades propias de la interpretación o ejecución artística, por ejemplo, intentando imaginar a un actor en el normal desarrollo de su actividad profesional cantando, recitando o interpretando un informe forense. Cuestión distinta es que, en el marco de una obra cinematográfica o teatral, interpretando un determinado personaje, el actor, por ejemplo, lea un informe forense, estando en tal caso ante la interpretación de una obra (obra teatral o guión cinematográfico, pero no científica).

enfrenta a la inexorable realidad –ya advertida- de que hay obras que solo alcanzan tal categoría y entidad precisamente luego de haber incorporado a ellas la interpretación de otra preexistente, cual ocurren respecto de las obras audiovisuales, teatrales, etc. Lo cual nos lleva a una reflexión final en el sentido de que los contornos delimitadores del concepto “artista” que el legislador ha querido imponer, lejos de aportar claridad y rigor, han propiciado interpretaciones y análisis sesgados acerca de la actividad creativa del artista, lo que ha devenido, a su vez y también por esta vía, en un nivel de protección menor y más parco que el que la legislación otorga al autor nominal sobre su obra.

Y en el caso particular del actor, como se verá, tan solo acudiendo a un sentido amplio y flexible del término “obra” para comprender en el mismo el resultado de la actuación actoral, en cuanto que plasmación de un personaje previamente concebido en su mente y al que añadió diversos elementos sobre el hermenéuticamente extraído del texto, podríamos aceptar el criterio objetivo de la “obra interpretada o ejecutada en cualquier forma” como factor configurador del concepto actor. Sin esa condición previa, el criterio objetivo del art. 105 tan solo servirá para concretar y delimitar la configuración de otras categorías de artistas que, por razones obvias, escapan del objeto del presente estudio.

Así, pues, en sentido conclusivo y amplio tan solo, podemos definir al “artista” como el sujeto que valiéndose de instrumentos o de su propio cuerpo interpreta o actúa una obra preexistente o la improvisa, dando lugar a una nueva realidad, a una nueva forma y a una nueva creación artística susceptible de integrarse en otra obra –audiovisual o musical, principalmente- o constituir una creación autónoma fijada en un soporte, sistema o medio con capacidad de ser reproducida y percibida por los sentidos de los demás.

#### **4.3.- El actor.**

Efectuada la construcción y delimitación del concepto “artista”, en cuanto que comprensivo y unívoco del sujeto creador que estamos buscando para que el fruto de su actividad (la creación artística denominada interpretación) pueda recibir el amparo de la propiedad intelectual, parece evidente que el actor es un artista que responde a varios de los elementos configuradores más arriba descritos.

No obstante la evidencia, los antecedentes normativos específicos del ámbito que nos ocupa no ofrecen una definición o concepto del “actor”, mas allá de su alusión expresa y literal en la



definición de “artista intérprete o ejecutante” de la Convención de Roma, del WPPT y del Tratado de Beijing, así como la referencia tácita-funcional de las actividades artísticas que enumera el art. 105 TRLPI, siendo propias del actor - aunque también del bailarín y algunos artistas musicales como los cantantes e integrantes de determinados grupos- las de *representar, recitar, interpretar o ejecutar en cualquier forma una obra*, sin perjuicio de *cantar o leer* si así lo exige el guión o el libreto, o si se trata de actuar en una ópera, zarzuela, teatro musical, lecturas dramatizadas, etc.

El significado etimológico del término “actor” -conforme a la 23ª edición del Diccionario de la Academia de la Lengua de 2014- nos conduce a la “interpretación de un papel en el cine, la televisión o el teatro”. El actor ha recibido a lo largo de historia diferentes denominaciones, muchas veces en función de la tipología de actividad artística que desarrollaba: simulador (*hipocritès*), rapsoda, histrión, cómico, trovador, etc. Se trata de una de las actividades artísticas más antiguas de la Humanidad, pues entre las formas primitivas de expresión del ser humano primero fue el gesto y la ceremonia y luego el signo, la palabra, la pintura, etc.

Otro punto de partida para delimitar su significado lo encontramos en las normas sectoriales de carácter laboral, -hoy no vigentes en su mayoría-, entre ellas, en la Orden de 28 de julio de 1972 por la que se aprueba la Ordenanza de Trabajo de Teatro, Circo, Variedades y Folklore, cuyo art. 8 definía a las “Actrices y Actores” del siguiente modo: *Son quienes tienen por cometido la interpretación de los personajes de las obras, de acuerdo con el reparto efectuado por la dirección artística*, diferenciándose de los “Cantantes, Comprimarios, Caricatos y Partiquino”<sup>107</sup>, de los “Coros”<sup>108</sup>, de las “Actrices líricas, segundas triples y vicetiples”<sup>109</sup>, del “Primer Bailarín o primera Bailarina”<sup>110</sup>, de los “Conjuntos”<sup>111</sup>, y los “Artistas de Variedades, Circo y Folklore”<sup>112</sup>.

Con anterioridad, la Orden de 31 de diciembre de 1948, por la que se aprueba la Reglamentación Nacional de Trabajo en la Industria de Cinematografía, si bien excluía de su ámbito de

---

<sup>107</sup> Se consideraban como tales a los artistas que, con arreglo a sus respectivas cuerdas, interpretan los personajes que marca la partitura correspondiente.

<sup>108</sup> Son los “conjuntos” que interpretan las intervenciones denominadas “corales” por su estructura musical, sin poder intervenir como Actrices ni Actores, a menos que encuentre cubierta la plantilla de estos últimos artistas.

<sup>109</sup> Estas se definían como *las artistas que vienen obligadas a cantar, bailar o recitar aquellos papeles marcados en la obra como de índole secundaria, sin tener obligación de intervenir en las partes señaladas a la comparsaría*.

<sup>110</sup> Como tales se calificaba a *los artistas que por su categoría profesional y su especialización coreográfica asumirán la interpretación de las partes principales y solistas de baile que hayan de representarse, ajustándose a lo señalado en el reparto y a lo ordenado por la Dirección coreográfica*.

<sup>111</sup> Compuestos por aquellos artistas que vienen obligados a cantar y bailar los números marcados en la obra como de índole secundaria.

<sup>112</sup> Aquellos que, dentro de su especialidad y en el desempeño de su cometido constituyen un trabajo personal y completo.

aplicación a los actores que figuran en el reparto de una película, sí comprendía y definía (art. 19) la “figuración” (que abarca al personal que forma los conjuntos de la película, siempre que éstos sean superiores a cincuenta personas, en cada una de las diversas escenas) y la “comparsería” (que comprende el personal artístico que interviene en las escenas de una película sin papel que figure en su reparto). En este caso, también se diferenciaba de los actores comprendidos en el reparto de la película a los actores de doblaje (sincronizadores y dobladores, cuya misión es reproducir en idioma nacional los diálogos de las películas nacionales o importadas del extranjero).

El vigente Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, delimita ésta como la establecida entre un organizador de espectáculos públicos o empresario y quienes se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta, y dentro del ámbito de organización y dirección de aquéllos, a cambio de una retribución. Este Real Decreto no contiene ninguna definición de los colectivos, entre ellos los actores, comprendidos en su ámbito de aplicación<sup>113</sup>, tan sólo alude “actividades artísticas” y a su lugar de ejecución y destino.

El I (1995) y II (2005) Convenio Colectivo Estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los actores que prestan sus servicios en las mismas, tampoco concreta o define la actividad específica del actor. Ahora bien, hay referentes que nos pueden ilustrar a los anteriores efectos, como son su ámbito de aplicación, que se extiende a los contratos de interpretación para la realización de obras audiovisuales que se celebren entre los productores de las mismas y los actores que en ellas intervengan, *cualquiera que sea el tipo de actuación*, y que se fije en las citadas obras audiovisuales –y ello con exclusión de los contratos concluidos entre las empresas de producción audiovisual y los figurantes, así como los de ejecución musical de las bandas sonoras de las obras audiovisuales y los vídeos musicales.

El Convenio colectivo del Sector Actores y Actrices de Madrid (BOCM núm. 133, de 6 de junio de 2015), en su art. 2 contiene la siguiente definición: *Se define como actor/actriz a persona que interpreta a personajes o realiza acciones teatrales dentro de un espectáculo en vivo, sea cual*

---

<sup>113</sup> Tal ámbito se describe en su art. 1.3, en los siguientes términos: *Quedan incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto todas las relaciones establecidas para la ejecución de actividades artísticas, en los términos descritos en el apartado anterior, desarrolladas directamente ante el público o destinadas a la grabación de cualquier tipo para su difusión entre el mismo, en medios como el teatro, cine, radiodifusión, televisión, plazas de toros, instalaciones deportivas, circo, salas de fiestas, discotecas, y, en general, cualquier local destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos, o a actuaciones de tipo artístico o de exhibición.*

*sea el género teatral del espectáculo en cuestión, y se desarrolle su actividad profesional en teatros y otros espacios con público, o a efectos de grabación.*

De todo ello se colige que las notas características que definen al actor son la interpretación de un personaje (o varios) dentro de la obra, con independencia del género atribuible a tal obra, bien mediante su representación en vivo en un espectáculo teatral o cualquier otro de carácter público, o bien con destino a su grabación o fijación en una obra cinematográfica o cualquier otro género audiovisual.

Trayendo a colación los presupuestos inherentes a la definición de artista anteriormente expuestos, la concreción de qué ha de entenderse por actor se completaría con las siguientes notas: se entiende por actor toda persona que interprete un personaje de una obra escénica, audiovisual o de cualquier otro género, expresándola a partir de su comprensión, sentimiento o arte propios, empleando la propia voz, cuerpo, gestos, imagen, de modo tal que imprime en la misma el sello de su personalidad.

Al margen del ámbito normativo específico en materia de propiedad intelectual o laboral, se ha de recordar la Recomendación relativa a la condición del artista , adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, reunida en Belgrado del 23 de septiembre al 28 de octubre de 1980, en su 21ª reunión, que nos dice que a efectos de la misma “se entiende por ‘artista’ toda persona que crea o que participa por su interpretación en la creación o la recreación de obras de arte, que considera su creación artística como un elemento esencial de su vida, que contribuye así a desarrollar el arte y la cultura, y que es reconocida o pide que se la reconozca como artista, haya entrado o no en una relación de trabajo u otra forma de asociación”. Esta recomendación se aplica a todos los artistas comprendidos en la definición anterior, entre otros, a los intérpretes y ejecutantes en el sentido de la Convención de Roma.

Ahora bien, siguiendo la anterior Recomendación es posible complementar la definición de actor con las siguientes características: el actor es aquel que considera su creación artística<sup>114</sup>, materializada a través de la interpretación de los personajes de las obras, como un elemento

---

<sup>114</sup> Vid. las Resoluciones del Parlamento Europeo, del 9 de marzo de 1999 [A4-0103/99] sobre la situación y el papel de los artistas en la Unión Europea (disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1999-0103+0+DOC+XML+V0//ES#top>) y de 7 de junio de 2007 [2006/2249(INI)] sobre el estatuto social de los artistas (disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2007-0236&language=ES&ring=A6-2007-0199>), en las se constata el carácter creativo de la actividad artísticas y su importancia clave para el desarrollo del arte y la cultura.

esencial de su vida, a través del cual contribuye al desarrollo del arte y la cultura, y que como tal quiere ser reconocido.

Siendo más precisos y como tendremos oportunidad de ver más adelante, la actividad creativa del actor no se limita a “interpretar los personajes de las obras”, sino a crear los personajes escénicos o audiovisuales a partir de las pautas que sobre los personajes literarios introduce el autor del libreto, del guión o de la obra dramática. Pues una cosa es el personaje literario o la obra literaria preexistente y otra bien diferente es la obra teatral o escenificada y el personaje escénico –vivo, dotado de emociones y de identidad propia, de gestos, voz y movimientos concretos y reales-; como también hay una marcada diferencia entre el guión y la obra audiovisual en la que se integra aquél, de un lado, y entre el personaje descrito en dicho guión y el audiovisual que pasa a conformar otra obra diferente –la audiovisual-, de otro lado. Del personaje que el lector del guión o de la obra dramática imagina al personaje que finalmente encarna el actor en un escenario o ante la cámara media un abismo que sólo conociendo el verdadero trabajo del actor se puede discernir y apreciar su dimensión creativa.

La actividad interpretativa no es exclusiva del actor, y para él es tan solo una más de entre las diversas que desarrolla hasta construir su personaje, que luego ha de actuar. También el director de escena o el director de la obra audiovisual han de interpretar la obra preexistente, incluso el sentido y alcance de los personajes literarios. También el lector de cualquier obra literaria interpreta el sentido de las palabras e imagina una realidad descrita. El actor, además de realizar esa interpretación como cuestión previa, ha de acudir a varios recursos expresivos y a diversas fuentes o elementos externos para construir un personaje capaz de transmitir con veracidad el conjunto de emociones necesarias. El personaje que construye y que luego actúa para dotarlo de vida es un personaje nuevo, original, singular y distinto al literario, aunque basado en él, como distinta es la plasmación concreta que cada pintor o cada escritor formula de una misma realidad.

Así pues, desde una perspectiva jurídico-funcional, podríamos definir al actor como aquel artista dotado de entidad subjetiva propia, cuya actividad principal consiste en crear y transmitir emociones, conocimientos, ideas e imágenes a través de la construcción de personajes de ficción partiendo de las bases descriptivas de un guión, libreto u obra dramática, utilizando su inteligencia emocional y otras cualidades mentales como la imaginación o la abstracción, así como recursos expresivos de carácter personalísimos como su voz, cuerpo, movimientos, gestos y otras técnicas expresivas.

## 5.- DELIMITACIONES CONCEPTUALES DEL ÁMBITO OBJETIVO.

### 5.1.- La grabación audiovisual.

La grabación audiovisual que ampara nuestro TRLPI constituye el gran género audiovisual comprensivo de cualquier tipo de imágenes asociadas y en movimiento fijadas en un soporte, medio sistema. En ese sentido, la grabación audiovisual es el género más amplio de contenidos audiovisuales, la obra audiovisual es una especie de ese género y la obra cinematográfica es una subespecie dentro del género de obra audiovisual.

A primera vista, pareciera que el orden propuesto –grabación audiovisual, obra audiovisual y obra cinematográfica- se corresponden con un criterio de calidad, cualidad creativa o nivel de elaboración. Cuestión que, en cierto modo, es así, pero en la relación obra audiovisual y cinematográfica tales criterios distintivos cada vez son más tenues. Tal vez ambas modalidades de obras audiovisuales sí marcan mayor diferencia con las grabaciones audiovisuales, siquiera porque éstas comprenden una amplia gama de fijaciones de imágenes que no guardan relación siquiera con criterios o elementos creativos, como pueden ser los eventos deportivos, contenidos informativos, entrevistas, *talk shows*, eventos, programas temáticos, etc. No obstante, dichas grabaciones audiovisuales, e incluso dentro de esos espacios de mera grabación de imágenes sin actividad creativa protegida por la propiedad intelectual, podrían integrar también actuaciones artísticas aisladas que al quedar grabadas constituirían una auténtica interpretación audiovisual, ajenas a cualesquiera obras audiovisuales, pero fijadas en el marco de una grabación audiovisual.

Tan es así que, de hecho, los derechos de propiedad intelectual conferidos por nuestro ordenamiento a los artistas se proyectan sobre sus actuaciones o interpretaciones fijadas, las cuales pueden integrarse en el conjunto de una obra audiovisual (*v.gr.*, obra cinematográfica o serie de televisión) o, por el contrario, pueden formar parte de una grabación audiovisual que no tenga el carácter de obra, cual sucede con aquellas actuaciones o interpretaciones artísticas que integran un programa-concurso, de variedades, *talk shows*, magazines, galas, etc., o que son fijadas y utilizadas de forma aislada e independiente. Otro formato de interpretación audiovisual que está proliferando en los últimos años es el modelo “Club de la Comedia” y similares, o los canales propios de algunos actores en *Youtube* o plataformas similares en las que ponen a disposición del público interpretaciones audiovisuales autónomas, *sketches* o creaciones audiovisuales de naturaleza y formatos análogos.

En este sentido, debe observarse que, por lo que se refiere a los artistas del sector audiovisual, el objeto de protección es la interpretación o actuación fijada en una grabación audiovisual (arts. 108.3 y 5, en relación con el art. 110 TRLPI, y art. 109 TRLPI), siendo indiferente el soporte o medio audiovisual donde se hallen fijadas. Ello nos obliga a delimitar el concepto de grabación audiovisual (como género) y el de obra audiovisual (como especie del anterior).

La razón que justifica esta afirmación se halla en la posibilidad de que la fijación de la interpretación forme parte de una grabación que, por no reunir los requisitos exigidos para alcanzar la categoría de obra, goza de una protección “menor”, regulada por nuestra ley bajo la denominación de grabación audiovisual (art. 120.1 TRLPI).

No obstante, es preciso advertir la absoluta compatibilidad en nuestro ordenamiento entre los conceptos de “grabación audiovisual” (art. 120.1 TRLPI) y el de “obra audiovisual” (art. 86 TRLPI), habida cuenta que, como entiende unánimemente la doctrina científica, la grabación audiovisual constituye el género y la obra audiovisual una especie de aquélla. Es decir, toda obra audiovisual presupone la existencia de una grabación audiovisual<sup>115</sup>. Por tanto, toda interpretación “audiovisual” estará integrada en una grabación audiovisual, la cual puede constituir o no una obra audiovisual.

En el Derecho comunitario, a tenor de lo previsto en la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, cabe diferenciar la película, entendiéndose como tal (*ex. art. 2.1*) la obra cinematográfica o audiovisual o imágenes en movimiento, con o sin acompañamiento de sonido. Como concepto genérico -asimilable al de grabación audiovisual previsto en nuestro ordenamiento-, que comprende como especies la obras cinematográficas o audiovisuales (cuya titularidad corresponde al autor o coautores nominales) y las meras imágenes en movimiento, con o sin sonido (carentes de la nota de originalidad exigida para alcanzar su consideración como obras audiovisuales; que constituyen el objeto cuya

---

<sup>115</sup> Algún autor suscita la posibilidad de que, al amparo de la redacción del art. 86 TRLPI, no se consideren comprendidas en el concepto que tal precepto ampara, las obras televisivas no fijadas, esto es, aquellas emitidas o radiodifundidas “en directo”. Tal hipótesis, se enfrenta, sin embargo a la realidad del propio proceso técnico de emisión, en que las imágenes han de ser captadas por una cámara en todo caso, aunque tal captación o fijación, no sea permanente o definitiva y tenga lugar de manera simultánea con la emisión. Prueba de ello nos la facilita nuestra propia ley, al regular, en el art. 36.2 TRLPI, las denominadas grabaciones técnicas, necesarias para realizar la emisión “por una sola vez”, de la obras cuya comunicación pública a través de este medio ha sido autorizada, en los términos siguientes: *La cesión del derecho de comunicación pública de una obra, cuando ésta se realiza a través de la radiodifusión, facultará a la entidad radiodifusora para registrar la misma por sus propios medios y para sus propias emisiones inalámbricas, al objeto de realizar, por una sola vez, la comunicación pública autorizada. Para nuevas difusiones de la obra así registrada será necesaria la cesión del derecho de reproducción y de comunicación pública.* Se ha de recordar, en cualquier caso, que siendo definida la reproducción como fijación, y pudiendo ser ésta provisional, y realizarse por cualquier medio y en cualquier sistema –*ex. art. 18 TRLPI*, la mera de captación para la emisión simultánea conllevaría tal reproducción, en definitiva, su fijación.

titularidad, -del derecho de alquiler y préstamo-, se confiere a al productor). Siguiendo esta misma técnica legislativa, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, atribuye el derecho de autorizar la puesta a disposición interactiva al productor de las primeras fijaciones de “películas”, del original y las copias de sus “películas”, sin aclarar, en este caso, qué ha de entenderse por tales películas, más de ello tan solo se infiere que este último concepto no varía en relación con la Directiva de alquiler.

El Tratado de Beijing de 2012, como se verá más adelante, utiliza el término “fijación audiovisual” y la define en su art. 2.b) como *la incorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo*. Tal vez el término “fijación audiovisual” se ajuste más al propósito de nuestro argumento y a la realidad de la producción audiovisual y televisiva. Porque no son pocas las interpretaciones audiovisuales que, de manera independiente respecto de una obra audiovisual –en cuanto que su incorporación a ésta es su destino natural-, se fijan –se graban- en un sistema, medio o soporte que no constituye una obra audiovisual, sino una grabación audiovisual sin más o una mera fijación audiovisual de la interpretación.

En definitiva, la grabación audiovisual, conforme a nuestra ley (art.120 TRLPI), se define como la fijación de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del art. 86 TRLPI. La diferencia entre los conceptos de obra y grabación audiovisual, radica, por tanto, en que, el primero de ellos, si bien resulta ser una especie del segundo, debe reunir una serie de requisitos (previstos en el art. 86 TRLPI) para alcanzar esta categoría, esencialmente la nota de originalidad<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Así lo expresa BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en relación con las obras cinematográficas a las que se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, conforme al Convenio de Berna, manifestando que requieren un mínimo de originalidad. A su vez argumenta cómo “esa originalidad exigible suele existir en las películas comerciales, que tienen un argumento. También puede ocurrir en el caso de los reportajes. En cambio, la mera filmación de un acontecimiento social o científico, de una representación teatral, de una ejecución musical, de una obra coreográfica o de pantomima, carece de suficiente originalidad en principio. La originalidad puede existir si la filmación se intercala con la de otros acontecimientos, con entrevistas y/o se realiza utilizando varias cámaras y mezclando sus tomas y filmaciones. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Tecnos, Madrid, 2013, pág. 123.

## 5.2.- La obra audiovisual.

Como consideración introductoria se ha tener presente la evolución de la cinematografía en el marco normativo propio de la propiedad intelectual. A tales efectos se ha de recordar –según advierten los distintos tratadistas, entre otros PÉREZ DE CASTRO, BAYLOS CORROZA y CASAS VALLÉS- que inicialmente la cinematografía es considerada un sistema o medio técnico de reproducción. Será mediante la evolución de las normas internacionales de carácter supranacional –Convenio de Berna- a través de las que se logre el reconocimiento de manera generalizada de la sustantividad propia como obra, primero de la obra cinematográfica, ampliada a cualesquiera otras “obtenidas” por un procedimiento análogo, para llegar a la protección de la obra cinematográfica y aquellas “expresadas” por cualquier procedimiento análogo, que se contemplan dentro de la categorías de obras enunciadas en el art. 2.1 del Convenio de Berna –según la redacción de la revisión de Estocolmo de 1967, que se mantiene en la vigente redacción de la Revisión de París de 1971–. Este proceso, cuya descripción sobrepasa el objeto de este epígrafe (por lo que nos remitimos a autorizados tratadistas en la materia<sup>117</sup>), tiene su consiguiente reflejo en la opción plasmada por nuestro legislador al regular como categoría autónoma a la obra audiovisual -en la que quedan comprendidas la obras cinematográficas y las televisivas, en todas sus posibles tipologías-, respondiendo así a la necesidad de dar cobertura a las nuevas creaciones surgidas en el ámbito televisivo y los nuevos medios y sistemas de explotación. En efecto, en nuestra ley el concepto autónomo de obra audiovisual –citado en el catálogo de obras que enumera el art. 10 TRLPI- se incardina en el art. 86 TRLPI, en los siguientes términos: *las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras.*

La doctrina admite de manera pacífica<sup>118</sup> que tal definición (cuyo antecedente directo es el art. 86 de la LPI de 1987) contiene una categoría general y omnicomprendiva, en la que se incluyen la obra cinematográfica, la obra televisiva, y cualquier otro subtipo de las anteriores, en la línea

---

<sup>117</sup> Vid. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Las obras audiovisuales, panorámica jurídica*, Reus, Madrid, 2001; CASAS VALLÉS, Ramón, *Comentarios al Código Civil, óp. cit.*, págs. 107 y ss; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Convenio de Berna, óp. cit.*, págs. 99-124.

<sup>118</sup> En este sentido PÉREZ DE CASTRO argumenta que “nuestro legislador ha optado, como ya lo hicieran otros (francés, portugués, etc.), por englobar en un gran género denominado ‘audiovisual’ a una especie que era de la que originariamente se partía: las obras cinematográficas. La conclusión es unificación en el art. 86 de nuestra Ley en cuanto al trato jurídico de las obras audiovisuales. Concepto amplio, porque acoge dentro de sí una gran variedad de supuestos (...) Ahora bien, cada una de las distintas clases que se engloban en la amplia categoría audiovisual es de por sí diferente al resto, ya por el soporte material en que se plasma, ya por el medio de comunicación pública mediante el cual se muestran”. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 1212.



marcada por la evolución de otras normas supranacionales (el citado Convenio de Berna) y nacionales. Los requisitos que definen a la obra audiovisual, siguiendo el análisis específico de PÉREZ DE CASTRO<sup>119</sup>, son varios.

En primer lugar, al igual que el resto de obras y aunque la Ley no lo diga de manera expresa – por ser innecesario y redundante-, el requisito de originalidad ha de concurrir en las obras audiovisuales para gozar de tal consideración (en caso contrario nos hallaríamos ante una grabación audiovisual). Al respecto, la referida autora alude a las siguientes cualidades observadas y combinadas para apreciar o no la exigencia de originalidad: *la ordenación y realización del modo expresivo*. Es decir, el filme no se limita a una mera verificación de la realidad. El autor entra en la disposición de la realidad que se está captando. Existencia de una impronta significativa de la personalidad del autor y efectiva creación de valores, que lleva a un único original. Según BAYLOS CORROZA<sup>120</sup>, “a partir del momento en que el cinematógrafo prepara y dispone previamente la realidad cuya percepción va a fijar en la cámara, y en que el filme se constituye como una sucesión de imágenes en movimiento, sincronizadas y organizadas con un plan previo”.

Siguiendo a PÉREZ DE CASTRO<sup>121</sup>, los demás requisitos que definen a la obra audiovisual vienen dados por: a) *“La forma de expresión*. Estas creaciones tienen que estar expresadas mediante una serie de imágenes asociadas [...], entendida como secuencia animada. b) *El destino esencial de comunicación pública*. A través de cualquiera de los medios previstos en el art. 20 del TRLPI, cuyo carácter abierto ampara los nuevos modos de explotación. c) *Fijación en un soporte material con independencia del mismo*. Consideramos, no obstante, que a tenor de la redacción vigente del art. 18, la fijación no estaría referida tan sólo a cualquier soporte sino a cualquier medio.

Las obras que para dicha autora<sup>122</sup> tienen la consideración de obras audiovisuales son, tal y como vimos, la obra *cinematográfica* (sin duda alguna), las obras *televisivas* (que se diferencian de las anteriores porque su medio de explotación inicial o propio no es la proyección en salas públicas de exhibición, sino su comunicación mediante aparatos de recepción independientemente de que la emisión sea por cable, hertziana o por satélite), el *videograma* (entendido como videograma original en el que las imágenes y los posibles sonidos fijados son creados inicialmente para esa

---

<sup>119</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1997, *óp. cit.*, pág. 1218-1219.

<sup>120</sup> BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, en *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia Económica*, Disciplina de la Competencia Desleal, Madrid 1978, pág. 516.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1997, *óp. cit.*, pág. 1220-1226.

concreta forma de expresión, y no como sistema técnico de reproducción audiovisual, o como la fijación de una obra preexistente), los *videojuegos*<sup>123</sup> (descritos como la visualización sonora sobre una pantalla luminosa de una serie de imágenes móviles, que consta de dos fases. La primera-preliminar- consiste en un desarrollo de imágenes sobre una trama fija; la segunda se corresponde con el juego en sí), los *videoclips* (configurados como una sucesión de sonidos, imágenes, palabras, movimientos, escenarios, que adopta como forma de expresión una secuencia de imágenes y de música y se asocia a una finalidad de promoción comercial de fonogramas, que no obsta su consideración como obra audiovisual, siempre que sea original). Por último, se han de considerar comprendidas en el concepto de obra audiovisual las obras *publicitarias* creadas para el cine, la televisión, etc.<sup>124</sup> .

En la última década han proliferado producciones de obras audiovisuales en formatos peculiares para ser explotadas *online*, ya sea a través de Internet u otros dispositivos, y sobre todo, para ser reproducidos en terminales telefónicos. Un gigante como *Netflix*, con cerca de 60 millones de clientes, se ha convertido en un productor potente de series y películas para ser explotadas *online* bajo la fórmula de *streaming* y video bajo demanda.

Por tanto y en definitiva, con independencia del formato que adopte, lo esencial es que una obra ha de ser calificada de audiovisual si su contenido se compone de imágenes asociadas en movimiento, con o sin música, *con o sin sonorización incorporada*, fijadas en un soporte, sistema o medio que permita su percepción a través de aparatos técnicos o sistemas de reproducción o recepción.

### **5.3.- La obra cinematográfica.**

Si la obra audiovisual es un género de obra, la cinematográfica es una especie dentro de dicho género. Por tanto, media una relación de género y especie entre ambas modalidades de obras, de tal suerte que toda obra cinematográfica será siempre una obra audiovisual pero no a la inversa. De hecho hay obras audiovisuales de gran relevancia artística, económica, comercial y social que no integran la especie cinematográfica, como son las series televisivas de drama, las telenovelas, las *TV movies*, las comedias de situación, etc. El propio art. 86 TRLPI nos ofrece en su apartado primero una definición descriptiva de la obra audiovisual tomando como referencia a la cinematográfica (*las disposiciones contenidas en el presente Título serán de aplicación a las*

---

<sup>123</sup> Se ha de indicar que la doctrina no es pacífica respecto a su protección como obra audiovisual.

<sup>124</sup> Para su estudio en mayor profundidad, *vid.* PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Las obras publicitarias en el ámbito de la propiedad intelectual. su específica referencia en el artículo 90*, Revista Pe.i., Bercal, núm. 2, mayo-agosto 1999, págs. 65-78.

*obras cinematográficas y demás obras audiovisuales*), si bien en su apartado segundo deja claro que *todas las obras enunciadas en el presente artículo se denominarán en lo sucesivo obras audiovisuales*.

Y dentro de las obras audiovisuales propiamente cinematográficas hay un prototipo y varias especies o subcategorías en función de su formato -largometraje, cortometraje, animación, documental, etc.-, o considerando su contenido, tema y estilo –drama, comedia, acción, aventura, ciencia ficción, musical, melodrama, suspense, terror, épico, fantástico, erótico, pornográfico, *western*, catástrofe, histórico, policíaco, bélico, infantil, misterio, etc.. También se acuden a otros criterios como los de producción o el formato tecnológico para hablar, *v.gr.*, de cine mudo, sonoro, cine en 3D, cine arte, independiente, de culto, cine de autor, superproducción, etc. Incluso por el tipo de audiencia o público se clasifica en cine infantil, juvenil, familiar, adulto o todos los públicos.

En la inmensa mayoría de géneros cinematográficos es constante y relevante la intervención de actores –sean estos de imagen, de voz e imagen, o de voz (dobladores). El paradigma universal de obra cinematográfica, de hecho, no se concibe sin tal intervención. En este supuesto la satisfacción de los requisitos o presupuestos inherentes al concepto de intérprete audiovisual, con carácter general, resulta indubitada. En consecuencia, es posible afirmar que toda interpretación integrada en una obra cinematográfica, con independencia de la mayor o menor duración de la misma, de la relevancia del papel interpretado o cualquier otro matiz, estará protegida por esta vía de la obra audiovisual conforme a lo previsto en la Ley de Propiedad Intelectual<sup>125</sup> - excepción hecha, como hemos apuntado *ut supra*, de los figurantes o extras.

La protección de la obra cinematográfica y aquéllas “expresadas” por cualquier procedimiento análogo se contemplan también dentro de las categorías de obras enunciadas en el art. 2.1 del Convenio de Berna. Ahora bien, tal y como constata GONZÁLEZ GONZALO<sup>126</sup>, el referido Convenio no contiene una definición de obra cinematográfica, al igual que la misma es inexistente en nuestra vigente ley de propiedad intelectual<sup>127</sup>. En su sentido tradicional, dicho autor considera que la producción cinematográfica no es sino una serie de imágenes (secuencia de fotogramas) fijadas en una cinta de celuloide y destinadas a ser proyectadas sobre una

---

<sup>125</sup> Excepciones a este regla serían: la de los meros figurantes o comparsas, especialistas, o la de aquellas personas cuya imagen y voz pueda aparecer pero sin que interpreten guión o argumento alguno.

<sup>126</sup> GONZÁLEZ GONZALO, Alfonso, *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Tecnos, Madrid, 2013, págs. 1154 y 1155.

<sup>127</sup> La definición de obra audiovisual del art. 86 TRLPI, a pesar de referirse expresamente a la obra cinematográfica, no distingue a esta de la definición general que nos ofrece de la obra audiovisual. El art. 87 TRLPI, a pesar de contener disposiciones específicas aplicables a la obra cinematográfica, tampoco define este concepto.

pantalla de tal manera que produzcan en el público una sensación de movimiento – si bien, matiza el propio GONZÁLEZ GONZALO, “hoy (...) el concepto de producción cinematográfica debe ser suficientemente amplio como para que resulte irrelevante el soporte sobre el que está fijada”. Coincidimos con este autor cuando argumenta que, una producción cinematográfica lo será tanto si se encuentra incorporada a una película de celuloide como si se ha fijado en otro tipo de soporte, sea éste analógico o digital. Pero los restantes rasgos definitorios de la producción cinematográfica son los mismos que la caracterizaban en su origen, a saber: estar constituida por una serie de imágenes animada y estar destinada, con carácter principal al menos, a ser proyectada o exhibida en una pantallas para el público presente.

Señala GONZÁLEZ GONZALO, como otro de los rasgos indiscutibles que definen a la obra cinematográfica, según se desprende de su propia etimología, son las imágenes en movimiento. “Sin sensación de movimiento no hay, propiamente, una producción cinematográfica”<sup>128</sup>.

Asimismo, otra de las notas características, advertida por el anterior comentarista, es que frente a otros tipos de producciones, las producciones cinematográficas tienen por objeto principal su comunicación (proyección o exhibición) ante un público presente. En sentido estricto -nos dice- sólo es cinematográfica la producción principalmente destinada a su exhibición en una sala pública, sin perjuicio de que pueda posteriormente ser objeto de distribución videográfica, transmisión por cable, radiodifusión vía satélite o terrestre o puesta a disposición del público a través de una red digital.

Junto con las anteriores notas o caracteres se ha tener en cuenta el requisito de originalidad que es exigible en este caso, al igual que para el resto de obras.

Los anteriores caracteres son los que están implícitos en la de definición de obra cinematográfica que nos facilita el Glosario OMPI, conforme al cual ésta es “toda secuencia de imágenes impresionadas de manera sucesiva sobre un material sensible idóneo, casi siempre acompañadas de sonido, para fines de proyección como filme de movimiento. La forma clásica de la obra cinematográfica es la película cinematográfica destinada a su proyección sobre una pantalla; sin embargo, en un número creciente de legislaciones de derecho de autor, se asimilan a las películas otros tipos de obras audiovisuales”<sup>129</sup>. Y de manera concreta, la película cinematográfica se califica, en el mentado Glosario, como aquella que se refiere, en general, a una “sucesión de

---

<sup>128</sup> Producción cinematográfica entendida en como sinónimo de obra cinematográfica. Sin perjuicio de que tal acepción es aceptada de forma generalizada, este término también es utilizado para designar el proceso de realización de este tipos de obras.

<sup>129</sup> *Glosario de Derecho de autor y Derechos conexos* de la OMPI, pág. 35.

imágenes impresionadas sobre una banda de celuloide, transparente y sensible a la luz, para fines de proyección en la pantalla”<sup>130</sup>.

Ahora bien, debido a la propia evolución de la incorporación de este tipo de obras al referido Convenio de Berna, en el mismo se diferencian las obras cinematográficas y las “obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía”. Según criterio de GONZÁLEZ GONZALO<sup>131</sup>, por tales deben entenderse aquellas obras integradas por una secuencia animada de imágenes para cuya exteriorización se requiere en todo caso el auxilio de un dispositivo técnico, aún cuando no estén destinadas a su exhibición ante un público presencial. Incluye, de este modo, las obras televisivas -dirigidas principalmente a su radiodifusión, terrestre o vía satélite, o a su transmisión por cable-, fijadas o no<sup>132</sup> (sin perjuicio, obviamente, de la facultad de cada Estado miembro, conforme al art. 2.2. del Convenio de Berna, de decidir si la obra televisiva no fijada es objeto de protección); las obras videográficas –destinadas principalmente a su distribución en cualquier tipo de soporte, sea magnético o digital-, las cada vez más frecuentes obras audiovisuales creadas para su puesta a disposición del público a través de internet o los videos musicales (*videoclips*)<sup>133</sup>.

En el ámbito del Derecho comparado, aún cuando la terminología no es unívoca, lo cierto es que de manera generalizada –como consecuencia lógica de que actualmente la mayoría de los Estados ya son parte del Convenio de Berna- casi todas las legislaciones nacionales confieren protección a la obra cinematográfica y a la obra audiovisual, con independencia de que la respectiva normativa considere éstas como sinónimas, o de que opte por una u otra nomenclatura. Todo ello, con un alcance amplio y análogo al descrito respecto a la obras expresadas por un procedimiento análogo a la cinematografía.

A pesar de que en el ámbito normativo relativo a la propiedad intelectual vigente en nuestro país no se nos ofrece un concepto concreto de obra cinematográfica<sup>134</sup> (el vigente TRLPI, se refiere

---

<sup>130</sup> *Ibid.*, pág. 33.

<sup>131</sup> GONZÁLEZ GONZALO, Alfonso, *Comentarios al Convenio de Berna*, *óp. cit.*, pág. 1157. Tal y como expone en esta misma obra (pág. 1159) se entiende comprendida la banda sonora creada para la obra cinematográfica, por ser parte de esta, quedando protegida al igual que las imágenes. No así las obras musicales preexistentes reproducidas cinematográficamente. En este mismo sentido, se entienden las disposiciones del Tratado de Beijing, respecto a la interpretaciones fijadas en fonogramas preexistentes, incorporados a la fijación audiovisual.

<sup>132</sup> Posibilidad que se admite en un plano teórico, a pesar de lo normal sea que tal obra televisiva no fijada al ser emitida sea objeto de grabación simultánea.

<sup>133</sup> Para GONZÁLEZ GONZALO no se consideran asimilables, sin embargo, las obras multimedia o los videojuegos.

<sup>134</sup> Tampoco nos ofrece tal definición la derogada Ley 17/1966, de 31 de mayo, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, que según su preámbulo fue aprobada para remediar y dar solución a las cuestiones –no resueltas por la entonces vigente Ley de 10 de enero de 1879 y de su Reglamento de 3 de septiembre de 1880, reguladoras de la propiedad intelectual- como son las que plantean los derechos de autor en la producción cinematográfica en relación con los derechos del productor de las obras de dicho carácter, materia que carece de suficiente desarrollo en las normas legales ya vigentes, (...)

de manera específica a la obra cinematográfica, como una especie de la obra audiovisual, definida en su art. 86, objeto de análisis en el anterior apartado), el mismo puede hallarse en otras normas ajenas a la anterior, en este caso, normas de carácter administrativo.

Así acontece con la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, que en su art. 4 dispone que, a los efectos de dicha ley, se entenderá por “Película cinematográfica” *toda obra audiovisual, fijada en cualquier medio o soporte, en cuya elaboración quede definida la labor de creación, producción, montaje y posproducción y que esté destinada, en primer término, a su explotación comercial en salas de cine. Quedan excluidas de esta definición las meras reproducciones de acontecimientos o representaciones de cualquier índole*<sup>135</sup>. A su vez, y como subespecies de la película cinematográfica, se refieren el “largometraje”<sup>136</sup> y el “cortometraje”<sup>137</sup>.

Igualmente, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en su art. 2, diferencia las obras cinematográficas de las televisivas, y define a la película cinematográfica con la misma literalidad que el largometraje (según la precitada Ley del Cine) y a la película cinematográfica de cortometraje (denominada simplemente como cortometraje, en la anterior).

En definitiva, la “obra cinematográfica” puede ser definida como una obra en colaboración en la que se aglutinan un conjunto de obras o creaciones originales como el guión, adaptación -en su caso-, las actuaciones o interpretaciones de los actores, la música – ya sea original y creada específicamente para ser obra o sincronizada desde un fonograma preexistente-, los planos e imágenes elaborados por los fotógrafos cinematográficos, etc.; dotada de una especial ordenación por el director-realizador y el montador, que se plasma por cualquier medio técnico mediante una serie de imágenes asociadas que expresan sensación de movimiento, dando lugar a una obra nueva e independiente de todos sus elementos integrados, y cuyo destino primigenio es la exhibición en salas, sin perjuicio de su posterior distribución o comunicación a través de otras ventanas de explotación.

---

*llenando así una notoria laguna de nuestro ordenamiento jurídico, aunque sólo sea con carácter transitorio, hasta que el nuevo estatuto general de los derechos de autor vea la luz.*

<sup>135</sup> Esta definición sigue la estructura de la ley de propiedad intelectual, al considerar la película cinematográfica, como una especie dentro de la categoría de las obras audiovisuales, excluyendo las grabaciones audiovisuales que no alcanzan la categoría de obra, como son las reproducciones de acontecimientos o representaciones de cualquier índole.

<sup>136</sup> La citada Ley del Cine califica a la película cinematográfica como aquella que tenga una duración de sesenta minutos o superior, así como la que, con una duración superior a cuarenta y cinco minutos, sea producida en soporte de formato 70 mm., con un mínimo de 8 perforaciones por imagen.

<sup>137</sup> La película cinematográfica que tenga una duración inferior a sesenta minutos, excepto las de formato de 70 mm. que se contemplan en la letra anterior (película cinematográfica).

## 6.- LA FIJACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN AUDIOVISUAL.

### 6.1.- Planteamiento de la cuestión, delimitaciones y justificaciones terminológicas.

El planteamiento general de este trabajo orbita, como su propio título indica, en torno a las interpretaciones audiovisuales, y ello con el objetivo de concretar el alcance de las facultades patrimoniales y morales que se atribuyen al artista que las lleva a cabo, así como los efectos que aquéllas despliegan ante los distintos supuestos de hecho en que se utilizan o explotan, a la vista de la especial configuración del mercado audiovisual.

Empero, a pesar del uso generalizado del término y del propio objeto o bien jurídico, no existe una definición ni un concepto jurídico uniforme sobre qué debe entenderse por tales “interpretaciones audiovisuales”, si bien ello no ha sido óbice, como es sabido, para su tratamiento y utilización por el Derecho patrio e internacional con un alcance no siempre homogéneo, y mucho menos claro y eficaz. Cada norma, nacional o internacional, así como cada sistema de protección de la propiedad intelectual ha ido configurando una serie de piezas conceptuales a la medida de sus necesidades coyunturales, sin reparar tal vez en el contenido exacto que el concepto “interpretación audiovisual” integra en la mayoría de los casos.

Así, por ejemplo, el Tratado de Beijing de 2012, aunque referido a “Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales”, tan solo define a la “fijación audiovisual” en su art. 2.b), dando a entender que se trata de una categoría omnicomprendensiva de las dos acepciones anteriores –siendo éstas, además, sinónimas-, y lo hace en los siguientes términos: *A los fines del presente Tratado, se entenderá por : (...) b) ‘fijación audiovisual’, la incorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo.* Definición que se ve delimitada, a su vez, por una declaración concertada con la que se pretende marcar la autonomía recíproca entre la “fijación audiovisual” y la “fijación” sonora o fonográfica propiamente -descrita en el art. 2.c) del WPPT de 1996- por razón de albergar contenidos diferentes: la interpretación o ejecución audiovisual la primera y la interpretación o ejecución musical la segunda.

Dicha circunstancia nos obliga, asimismo e inexorablemente, a abordar la conceptualización de la interpretación audiovisual como cuestión fundamental y para asumir tal cometido, a su vez, se

hace imprescindible afrontar una delimitación terminológica y conceptual previa, desde todas las perspectivas posibles, para alcanzar el concepto que estamos buscando y que nos servirá de guía conceptual a lo largo de la presente Tesis.

Así y en primer lugar, para poder sostener la sustantividad propia de las interpretaciones audiovisuales, las hemos de diferenciar de aquéllas otras denominadas “interpretaciones musicales o fonográficas” que, aún presentando el denominador común de que el sujeto creador es un artista -en los términos ya descritos más arriba-, sin embargo, se trata de artistas intérpretes o ejecutantes de obras o improvisaciones musicales, esto es, de un resultado creativo en forma de sonidos más que de imágenes, sin perjuicio, claro es, que durante las tres últimas décadas y sobre todo a través del *videoclip musical* –que es una obra audiovisual auténtica<sup>138</sup>, por más que algunas entidades de gestión se empeñen en otra cosa- la interpretación musical o fonográfica se haya fijado con carácter habitual en un soporte u obra audiovisual para su explotación en este medio y para su promoción fórmula de fijar la música por contraposición, como interpretaciones musicales o fonográficas.

De otro lado, hemos de considerar que, aunque no ha entrado en vigor, el Tratado de Beijing ha optado por el término genérico de “fijación audiovisual” –“incorporación de imágenes en movimiento” a un soporte, medio, sistema o dispositivo audiovisual-, dentro del cual podríamos ubicar a la especie “interpretación audiovisual”, de manera que dicho instrumento nos ofrece un marco conceptual de referencia que, de algún modo y como ocurriera con la Convención de Roma, antes o después ejercerá cierta influencia en los diferentes legisladores nacionales. Ello abona la tesis de poder distinguir, en sentido similar a como lo hace nuestro TRLPI entre

---

<sup>138</sup> Así lo entiende la dogmática más autorizada, patria y foránea, entre cuyos exponentes destacamos a LEHMAN, que en su informe al Grupo de Trabajo del Gobierno estadounidense sobre la Infraestructura de la Información (*Information Structure Task Force*), constituido en 1993 por el Presidente Bill Clinton, y presidido por el entonces Secretario de Comercio Ronald H. Brown, concluyó categorizando a los videos musicales como obras audiovisuales - LEHMAN, Bruce A., *Intellectual Property and the National Information Infrastructure – The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Washington D.C., 1995 – disponible en <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/front.pdf>. En idéntico sentido se pronuncian SALOKANNEL, Marjut, en *Ownership of Copyright in Audiovisual Productions, A Comparative Studio*, Kluwer Law International, La Haya, 1997, pág. 315 y los KOHN, que además citan como ejemplos de obras audiovisuales las obras cinematográficas, los programas de televisión y los videos musicales -KOHN, Al y KOHN, Bob, *Kohn on Music Licensing*, 4ª ed., Aspen Publishers, Nueva York, 2010, pag. 1085. Por su parte, VINCENT, en su compendio de contratos musicales propone un modelo de contrato “entre el artista principal y el productor [del fonograma] autorizando determinados usos del fonograma”, entre ellos su “incorporación en una obra audiovisual (obra cinematográfica, película de televisión, documental, video musical, etc.)” –VINCENT, Jean, 10 Music Contracts, publicado por la UNESCO, París, 2009, pág. 28.

También considera al videoclip una obra audiovisual la Corte de apelaciones de París (sala 4ª), que en su sentencia de 6 de junio de 1991, tal y como nos recuerda KÉRÉVER, declaró que “un videoclip es una obra audiovisual en la que la cesión de los derechos al productor está subordinada a la conclusión de un contrato de producción audiovisual que vincule al productor y a los autores distintos de los de la composición musical” –KÉRÉVER, André, *Chronique de jurisprudence*, Revue Internationale du Droit d’Auteur (RIDA), núm. 53, julio de 1992, pág. 148.

Sucede, en definitiva, que, más allá de las interpretaciones jurídicas forzadas por intereses ajenos a la lógica y sentido jurídico, el videoclip es una obra audiovisual con todos los requisitos propios de tales obras, media un guión previo, se desarrolla un rodaje, intervienen los artistas musicales en calidad de actores, en ocasiones también con la participación de otros actores y bailarines propiamente dichos, etc., y lo que se hace es sincronizar con la sucesión de imágenes en movimiento -como en la mayoría de obras audiovisuales, por cierto- la música en la fase de montaje y postproducción.



“grabación” y “obra” audiovisual, entre “fijación” e “interpretación” audiovisual. Es decir, toda actuación artístico-dramática que se incorpore a un soporte, medio, sistema o dispositivo audiovisual constituirá en todo caso una “fijación audiovisual” protegida por la propiedad intelectual –pudiendo formar parte de una grabación o de una obra audiovisual-, en tanto que si dicha actuación no solo se incorpora esa modalidad de *corpus mechanicum* sino que, además, se realiza ante y para la cámara con el fin de ser fijada en dicho soporte, medio, sistema o dispositivo audiovisual, además de constituir una “fijación audiovisual”, también será una “interpretación audiovisual” y normalmente integrará una obra audiovisual.

## **6.2.- La “fijación audiovisual” y la “interpretación audiovisual incidental”.**

En efecto, considerando la legislación nacional e internacional sobre la materia, podemos decir que media cierto paralelismo entre la relación género-especie que une a la “grabación audiovisual” con la “obra audiovisual” y la clase de relación que existe entre la “fijación audiovisual” y la “interpretación audiovisual”. La “grabación audiovisual” comprende cualquier tipo de imágenes asociadas y en movimiento fijadas en un soporte, dispositivo, medio sistema, en tanto que la “obra audiovisual” es una especie calificada de ese género y la “obra cinematográfica” *idem* dentro del género de obra audiovisual. En este sentido, la “fijación audiovisual”, salvo que constituya por sí misma una obra o grabación audiovisual, suele integrarse en una “grabación audiovisual” –en cuanto que es el género más amplio de contenidos audiovisuales-; en tanto que la “interpretación audiovisual”, y salvo que también constituya por sí misma una obra o grabación audiovisual, suele integrarse en una “obra audiovisual” de ficción (cinematográfica o televisiva), lo cual facilita sobremanera su reconocimiento y amparo por parte de la propiedad intelectual, frente a las dificultades que a veces ofrece la identificación y valoración de las actuaciones artísticas aisladas o independientes fijadas en las grabaciones audiovisuales.

El Tratado de Beijing de 2012, como hemos advertido, utiliza el término “fijación audiovisual” y lo define en su art. 2.b) bajo parámetros de la máxima amplitud: *la incorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo*. Y tal vez esa amplitud conceptual que de la “fijación audiovisual” nos ofrece el instrumento internacional de referencia nos ayude a establecer un criterio delimitador que se ajuste más al propósito de nuestro argumento y a la realidad de la producción audiovisual y televisiva en cualquier país. Porque no son pocas las interpretaciones audiovisuales que, de

manera independiente respecto de una obra audiovisual –en cuanto que su incorporación a ésta es su destino natural-, se fijan –se graban- en un sistema, dispositivo, medio o soporte que no constituye una obra audiovisual, sino una grabación audiovisual sin más o una mera fijación audiovisual de la interpretación.

El concepto amplio de “fijación audiovisual” comprende, claro es, aquellas actuaciones o interpretaciones artísticas que quedan fijadas o grabadas en cualesquiera soportes, medios, dispositivos o sistemas audiovisuales. Tal categoría, por tanto, abarca tanto la modalidad de interpretación que comúnmente realiza el actor y el bailarín cuando actúan ante y para la cámara, como la que esporádicamente desarrollan tales artistas fuera del contexto de una obra audiovisual y queda fijada en una grabación audiovisual, así como la que despliega el artista intérprete musical cuando actúa en un programa de televisión o cuando la misma se graba o se retransmite en forma de concierto o cuando interpreta para producir un videoclip.

En nuestra opinión, aun partiendo del carácter omnicomprendivo del concepto “fijación audiovisual”, cabría distinguir varios supuestos de fijación audiovisual y reconducirlos hacia dos categorías genéricas de interpretación audiovisual: las “interpretaciones audiovisuales” propiamente dichas y las “interpretaciones audiovisuales incidentales o fijaciones audiovisuales”.

Así, cuando el artista actúa no solo ante la cámara sino que el objeto de su actuación es hacerlo para la cámara, es decir, bajo el elemento volitivo de tener que acomodar sus recursos expresivos y su personaje para ser fijado en una determinada forma por un dispositivo de fijación de su interpretación, nos hallamos ante la “interpretación audiovisual” genuina o propiamente dicha, en cuanto que todo el proceso creativo se orientó hacia ese fin. Y dentro de esta categoría principal ubicamos el trabajo del actor de cine, de ficción televisiva, el de doblaje, el narrador de una película documental, el que hace una actuación aislada o un *sketch* en televisión o en un programa previamente fijado o grabado y similares. También el bailarín, el cantante o intérprete musical que desarrolla un papel o personaje en una obra audiovisual como la cinematográfica, la documental o el videoclip pertenece a esta categoría de interpretaciones audiovisuales, mas no por su condición de artista musical o cantante, sino porque en esos supuestos actúa como un actor, es un actor que actúa ante y para la cámara.

De otro lado, cuando el artista desarrolla su actuación en vivo, ya sea un actor en una obra de teatro, un bailarín en un espectáculo de danza o un músico o cantante en un concierto, y dichas actuaciones son fijadas o grabadas, previa autorización de los artistas *ex arts.* 106 y 111 TRLPI,

las mismas se convierten en actuaciones o interpretaciones audiovisuales, pero como el objeto o la finalidad de su actuación no era, *a priori*, su fijación en una determinada forma, tales interpretaciones las calificamos de “incidentales” o “fijaciones audiovisuales”. Lo cual no puede significar que se protejan en menor grado o que ostente un valor económico inferior, pues, como es sabido, la propiedad intelectual protege el resultado sin atender a intencionalidades o méritos artísticos, y será el mercado, con su juego de la oferta y la demanda, quien establezca el verdadero valor económico de cada tipología de interpretación audiovisual, como así lo hace respecto de cualquier categoría de obra.

En el sector audiovisual no existe controversia en relación con determinados géneros o colectivos artísticos que, de forma más específica y habitual, son los que se identifican con tal ámbito o sector (actores, bailarines, dobladores). En estos casos, la obra literaria interpretada podrá ser un guión<sup>139</sup> cinematográfico o televisivo, una obra coreográfica<sup>140</sup> intercalada en el correspondiente guión, la adaptación creada especialmente para el doblaje de la obra, etc.

Para los músicos y cantantes, habitualmente, su concurso en la producción de la obra audiovisual consiste en interpretar la composición musical, con o sin letra, según el caso, que constituya a su vez la banda sonora de la película cinematográfica, serie de televisión, etc.<sup>141</sup>. Ahora bien, atendiendo al propio concepto de obra audiovisual (fijación de imágenes asociadas, con o sin sonido), la existencia de una banda sonora, aún constituyendo el supuesto más habitual, no es un requisito *sine qua non*, para la existencia de tal obra. En este caso, es posible argumentar que la música adquiere un carácter ambiental o de acompañamiento secundario en la producción cinematográfica o televisiva. En tales casos, asimismo, no podemos decir que los artistas que intervienen en dichas obras musicales han realizado una interpretación audiovisual, sino que su interpretación musical se ha incorporado a una obra audiovisual.

---

<sup>139</sup> Teniendo en cuenta la habitualidad con que se emplea el término “guión” en el sector audiovisual, a lo largo de este estudio se alude al mismo en diversas ocasiones. Si bien se emplea en un sentido amplio y omnicompreensivo de cualesquiera categorías o tipos de obras susceptibles de ser interpretadas. No se ha utilizado sentido estricto limitado al guión cinematográfico, sino como el texto escrito de una obra escénica, o de cualquier obra audiovisual.

<sup>140</sup> Definida en el Glosario OMPI como “una composición de movimientos para fines de danza escenificada, o cualquier otra sucesión configurada de ademanes, creadas casi siempre para acompañar a una música. Generalmente se reconoce que la obra coreográfica es una obra acreedora de la protección que otorga el derecho de autor; no obstante, algunas legislaciones de derecho de autor no protegen la coreografía a menos que se halle fijada en una forma apropiadas (p.e. mediante la notación Laban)”, *Glosario de Derecho de Autor, óp. cit.*, pág. 30. Según NARANJO RICO, “la labanotación [o notación Laban] es un sistema para analizar y registrar el movimiento humano. Su inventor original fue el húngaro Rudolf von Laban (1879- 1958) importante figura en la danza europea moderna. La labanotación, o cinetografía Laban, o teleocinetografía Laban, sirve para registrar toda clase de movimientos humanos y no está vinculada a ningún estilo específico de danza. Tal como la notación musical, la de Laban se vale de una serie de líneas, tres en este caso, que se escriben verticalmente. La partitura se lee de abajo hacia arriba y se basa en una kinesfera, o espacio virtual que rodea el cuerpo. Es de gran ayuda para el arte de la danza” -NARANJO RICO, María del Pilar, *Artes, la revista*, Núm. 7/ Volumen 4/ enero-junio 2004, Universidad de Antioquía.

<sup>141</sup> Excluimos de este ámbito las interpretaciones o ejecuciones musicales fijadas en fonogramas que son incorporadas como banda sonora por las razones anteriormente expuestas.

En otros casos, los diferentes formatos audiovisuales (obras o grabaciones) utilizan interpretaciones o ejecuciones musicales ya fijadas en un fonograma, sincronizando dicha música con la obra o grabación audiovisual en la fase de montaje (postproducción), sin que la interpretación artística fijada ni el tipo de obra dejen de ser de carácter musical. Y así se cuida de recordarlo el art. 2.b) del WPPT, que define “fonograma” como *toda fijación de los sonidos (...) que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual*, así como la declaración concertada respecto a este mismo precepto, conforme a la cual *queda entendido que la definición de fonograma prevista en el Artículo 2(b) no sugiere que los derechos sobre el fonograma sean afectados en modo alguno por su incorporación en una obra cinematográfica u otra obra audiovisual*.

A este respecto nos recuerda FICSOR<sup>142</sup> que esta declaración concertada significa, esencialmente, “que los fonogramas sólo pueden utilizarse en dichas obras [cinematográficas o audiovisuales] a partir de arreglos contractuales adecuados, teniendo en cuenta debidamente los derechos de los productores de fonogramas previstos en el Tratado [WPPT]”; en otras palabras: que la incorporación de un fonograma en una obra cinematográfica o audiovisual es un acto de explotación [del fonograma] previsto en el WPPT y, por tanto, sujeto al régimen de autorización correspondiente.

Consecuentemente, la actuación de una artista musical podrá constituir una “interpretación audiovisual” cuando intervenga en una obra audiovisual en calidad de actor, aunque su papel sea el hacer de músico o cantante en una película o de sí mismo pero con un sentido dramático en un *videoclip*; en tanto que se calificará de “interpretación audiovisual incidental” o “fijación audiovisual” cuando autorice la fijación audiovisual de su actuación musical en vivo –v.gr., un concierto- o, finalmente, cuando dicha actuación musical en vivo la realice en un programa televisivo y la misma quede fijada en un soporte, sistema, dispositivo o medio audiovisual.

A su vez, la propia realidad del proceso creativo de este tipo de interpretaciones musicales, evidencia que la labor de los músicos o cantantes, incluso en los casos en los que la música se crea y se interpreta *ad hoc* para una determinada obra audiovisual, se desarrolla de manera independiente al proceso de rodaje o filmación audiovisual, normalmente en un estudio de grabación, previo encargo de tal banda sonora. Todo ello conlleva divergencias respecto al régimen de contratación de este tipo de artistas y de las prácticas contractuales imperantes<sup>143</sup>, en

---

<sup>142</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 242.

<sup>143</sup> Los intérpretes musicales son excluidos del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo Estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los actores que prestan sus servicios en las mismas.

relación con aquellos propios de los actores o intérpretes “audiovisuales”. Tal divergencia de sistemas de producción y de prácticas contractuales de las dos industrias –la audiovisual y la musical-, marca un nuevo criterio delimitador acogido, incluso, por el Tratado de Beijing.

Así, y si bien la Variante E del art. 12 -sobre la cesión de los derechos del artista al productor de la fijación audiovisual- en la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas debatida durante la Conferencia Diplomática del año 2000, así como la primera propuesta combinada presentada por ciertas delegaciones (EEUU, México y la India) a este respecto en el año 2011, y sobre las que volveremos más adelante<sup>144</sup>, se referían al consentimiento del artista para la “incorporación” o “inclusión” de su interpretación en una fijación audiovisual – siguiendo así la nomenclatura adoptada en Roma en 1961 (*vid.* art. 19 de la Convención de Roma), el texto finalmente adoptado en Beijing se refiere al consentimiento del artista para la “fijación” de su interpretación<sup>145</sup>. Resulta evidente que el acto de “fijar” difiere sustancialmente del de “incorporar” o “incluir”, puesto que mientras que aquél se refiere exclusivamente a la primera fijación de la interpretación o ejecución hasta entonces no fijada, éstos pueden referirse tanto a las interpretaciones o ejecuciones aún no fijadas como a aquellas ya fijadas o preexistentes y que posteriormente se incorporan a otra fijación (en este caso audiovisual).

Ello es lógico, además, habida cuenta que los derechos objeto de cesión (conforme al referido art. 12) son los que *éste* (y ningún otro) Tratado –el de Beijing- reconoce a los artistas, y la razón de ser de su cesión al productor de la fijación audiovisual es, precisamente, el vínculo (generalmente contractual) entre aquéllos y éste. Vínculo que se manifiesta en una relación, ya sea laboral o mercantil, a cuya virtud el productor remunera al artista y éste, a su vez, lleva a cabo la interpretación o ejecución que será objeto de *fijación*. Ello nos lleva a concluir nuevamente que las interpretaciones cubiertas por el Tratado, es decir, las interpretaciones audiovisuales, son única y exclusivamente las llevadas a cabo frente a la cámara o dispositivo de grabación – es decir, aquellas interpretaciones realizadas expresamente para su fijación en la fijación audiovisual.

Así lo entiende, además, la doctrina más autorizada, entre otros FICSOR: “El consentimiento del artista intérprete o ejecutante es necesario para dicho acto de fijación, por virtud del derecho exclusivo establecido en el Artículo 6(ii) del Tratado – cuyo objeto es la interpretación o

---

<sup>144</sup> *Vid.* epígrafe 5.6 del Capítulo XI.

<sup>145</sup> Efectivamente, el art. 12 del Tratado de Beijing se refiere al consentimiento del artista para la “fijación” de su interpretación en una fijación audiovisual, como elemento determinante de las presunciones –de cesión, titularidad o habilitación para el ejercicio- previstas en dicho precepto.

ejecución aún sin fijar del artista intérprete o ejecutante. De ello se sigue (i) que todos los derechos previstos en los Artículos 7 a 11 del Tratado cubren aquellas interpretaciones o ejecuciones que estaban sin fijar y que son fijadas por vez primera en una fijación audiovisual, y (ii) que, en el Artículo 12 del Tratado, el texto *cuando el artista intérprete o ejecutante haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual* se refiere al consentimiento del artista intérprete o ejecutante que – en ejercicio de su derecho exclusivo previsto en el Artículo 6(ii) del Tratado – ha consentido la fijación, en una grabación audiovisual, de su interpretación o ejecución aún sin fijar”<sup>146</sup>.

Del mismo modo, tampoco serán tomadas en consideración para la conceptualización que pretendemos construir, ni tan siquiera como “fijaciones audiovisuales” o “interpretaciones audiovisuales incidentales”, las intervenciones y actuaciones de los figurantes o extras, pues ni desempeñan labor artística o creativa alguna ni su actividad les incluye dentro de la trama de la obra audiovisual, ni suelen pronunciar palabra alguna ni mucho menos crean e interpretan un personaje. Su función es crear ambiente o hacer de público común en determinadas secuencias de la obra audiovisual o en determinados programas de televisión. Así consta, además, y tal como se ha dicho *ut supra*, en los comentarios a la Propuesta Básica debatida en el año 2000<sup>147</sup>, “por lo general, los ‘figurantes’, ‘artistas intérpretes o ejecutantes secundarios’ o ‘participantes secundarios’ no reúnen los requisitos para la protección debido a que en sentido estricto no interpretan o ejecutan una obra literaria o artística ni expresión del folclore”.

Finalmente, por el contrario, las actuaciones o interpretaciones o ejecuciones artísticas protagonizadas por los propios actores o bailarines, que no son creadas específicamente en el marco de la producción audiovisual y con el fin de su integración en una obra audiovisual (*v.gr.*, una obra de teatro o un musical objeto de una representación escénica ante el público<sup>148</sup> que es grabado para su posterior emisión o cualquier otra forma de comunicación al público), serán en todo caso interpretaciones audiovisuales – aunque sean ubicadas dogmática o técnicamente entre la “fijaciones o interpretaciones audiovisuales incidentales”-, y sin perjuicio de que se integren en una grabación audiovisual. Tales interpretaciones tendrán idéntico amparo jurídico que las

---

<sup>146</sup> FICSOR, Mihály, *Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (BTAP): primera valoración del tercer “Tratado Internet” de la OMPI*, de 3 de julio de 2012 – versión original en inglés, disponible en <http://www.copyrightseesaw.net/>

<sup>147</sup> Nota 2.03, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

<sup>148</sup> Aunque potencialmente las interpretaciones en vivo quedan comprendidas en el ámbito descrito por el art. 105 TRLPI, tal protección se concreta en la autorización de su fijación y de los derechos exclusivos de ejercicio individual de autorizar ulteriores usos, sin embargo, los principales efectos de la protección de esta categoría de titulares, se concretan sobre los actos de explotación de la interpretación fijada en una obra o grabación audiovisual. De modo, que tales interpretaciones o ejecuciones en vivo, a los fines de acotar el concepto de interpretación audiovisual, son irrelevantes.

consideradas genuinas “interpretaciones audiovisuales” por la propiedad intelectual –espiritual y patrimonial- y generarán los correspondientes derechos de remuneración (*ex arts. 108 y 109 TRLPI*). Insistimos, no es que no sean interpretaciones audiovisuales susceptibles de protección, que lo son, sino que para delimitar y construir el concepto más exacto y auténtico de lo que entendemos por “interpretación audiovisual” será preciso dirigirnos a la prototípica, a la regla general y no a las excepciones o especialidades.

### **6.3.- La “interpretación audiovisual”.**

Considerando todo cuanto antecede, a efectos de acotar el concepto de “interpretación audiovisual” nos vamos a referir tan solo a la actuación actoral ante y para la cámara –por ser la habitual y preponderante en el ámbito audiovisual-, y a tal fin es preciso recordar que la actividad artística ha de recaer sobre un determinado tipo de obra, es decir, ha de interpretarse necesariamente en el contexto una obra literaria preexistente<sup>149</sup> -de carácter dramático en sentido amplio-, salvo los supuestos de improvisación, y se ha de hacer con el propósito de integrar la actuación en una nueva obra de naturaleza audiovisual. Todo ello teniendo en cuenta que la propia actividad del artista actor o bailarín consiste en crear un personaje partiendo de las descripciones de la obra literaria preexistente, pero añadiendo una serie de elementos nuevos y utilizando recursos expresivos personalísimos (cuerpo, voz, movimiento, imagen, gesto, pausa, silencios, etc.) para exteriorizar, declarar, transmitir y expresar el conjunto de emociones, ideas, conocimientos y demás mensajes atribuidos a su personaje, que, habiendo pasado del ámbito literario al audiovisual, ha adquirido la impronta personal del actor y con esa configuración quedará fijado en la interpretación audiovisual que se integra en la obra audiovisual.

El espectador, a diferencia del lector de aquélla obra literaria, ya no se tiene que imaginar la forma, conducta, psicología y comportamiento del personaje, pues éste ya ha sido singularizado y dotado de vida propia por el actor. El espectador se va a identificar con ese personaje audiovisual, no con el literario, y va a ver y recrearse en el contexto de esa nueva obra audiovisual, no en el del guión, que desconoce y que solo intuye porque queda integrado en una obra compleja, junto con el resto de elementos creativos. Más adelante volveremos con mayor detalle a estas y otras cuestiones trascendentes para la fundamentación de la protección jurídica de las interpretaciones audiovisuales, pero conviene dejar breve constancia de la dificultad de

---

<sup>149</sup> Así será con carácter general, siendo en todo caso necesario precisar que existen excepciones al anterior requisito. Se trata de aquellos supuestos excepcionales en el sector audiovisual, en los que el artista de forma improvisada y simultánea interpreta y crea una obra (no preexistente). En tal caso, estas “improvisaciones” constituirán una doble creación intelectual objeto de protección: la obra creada *ex novo* y la interpretación.

definir y acotar el concepto de “interpretación audiovisual” si no se conoce someramente el verdadero alcance del trabajo del actor, y sobre todo de su actividad creativa.

Como en todos los supuestos de creatividad que podemos considerar, el público tan solo percibe el resultado de la creatividad, cuyo proceso en las formas más tradicionales llega a conocer o al menos imaginar –*v.gr.*, el proceso de pintar un cuadro o escribir un libro. El trabajo preparatorio del actor y el proceso creativo del personaje escénico o audiovisual es prácticamente desconocido para el gran público. Y es lógico, siquiera porque dicha actividad artística ni se ha enseñado ni practicado, por consiguiente, como las otras referidas, amén de entrañar mayores dificultades técnicas y psicológicas para las que el gran público, una vez más, no estamos cualificados. Empero, precisamente, además de los propios actores y bailarines, *v.gr.*, los dramaturgos, directores de teatro, guionistas, coreógrafos, directores-realizadores de cine y de ficción televisiva, así como los críticos de cine y teatro y otros especialistas en la materia, no albergan ninguna duda de la realidad descrita y del proceso creativo del actor o del bailarín.

En un segundo estadio, en efecto, durante la fase de producción (rodaje o filmación) de la obra audiovisual, la interpretación es fijada y es a partir de ahí cuando el espectador reconoce el personaje audiovisual construido y actuado por un determinado actor. En este sentido debe recordarse que, por lo que se refiere a los artistas, el objeto de protección es la interpretación o actuación fijada en una grabación audiovisual, siendo indiferente que la misma constituya, además, una obra audiovisual – recuérdese a este respecto que la diferencia entre ambos conceptos radica en que la obra audiovisual, si bien resulta ser una especie de la grabación audiovisual, debe reunir una serie de requisitos (previstos en el art. 86 y concordantes del TRLPI) para alcanzar dicha categoría.

La interpretación audiovisual ostenta entidad propia como bien u objeto jurídico protegido por la propiedad intelectual y, como veremos en el siguiente Capítulo, su fundamento protector no deriva propiamente del formato de soporte audiovisual en el que se integra –obra, grabación o creación independiente- sino de sus características intrínsecas en cuanto que es una creación intelectual fruto de la mente –imaginación- del artista y expresada por éste a través de su fisicidad y sus recursos personalísimos como son su propio cuerpo, sus gestos, voz, tonos, movimientos, pausas, silencios, apariencia física o imagen personal, de manera que dota a su personaje o actuación de una impronta personal -tan relevante o más que la que vuelcan otros creadores sobre sus obras-, consiguiendo que su interpretación sea distinta de cualquier otra o



que un mismo papel o personaje interpretado por actores diferentes dé resultados también muy dispares.

Asimismo, considerando la configuración específica de la actuación actoral y de la fijación audiovisual en la que queda incorporada o grabada con carácter permanente, tal interpretación no está exenta del juicio de originalidad que posibilita excluir o no de este concepto aquellas interpretaciones audiovisuales no creativas, debiendo reiterar a este respecto las consideraciones expuestas en el epígrafe relativo al concepto general de artista intérprete o ejecutante. Al igual que cualquier otra obra o creación intelectual, la interpretación audiovisual ha de ser original, requisito que en el caso de la actuación actoral se identifica *per se* al constituir su proceso creativo una actividad inexorablemente personalísima que, además, el artista expresa, plasma y externaliza a través de atributos de su personalidad como son el cuerpo, la voz, el gesto, el movimiento y otros tantos recursos que dotan necesariamente de singularidad y originalidad cada actuación. Sobre el proceso creativo del actor y la originalidad de su interpretación volveremos con mayor profundidad más adelante, en el siguiente Capítulo.

Ahora bien, habida cuenta que es posible afirmar que en determinadas interpretaciones audiovisuales concurren los requisitos inherentes a su protección desde el punto de vista legal (v.gr., la interpretaciones audiovisuales integradas en obras cinematográficas y en determinadas categorías de obras televisivas –películas o series), la calificación de la obra audiovisual sí podría constituir un referente válido para concretar objetivamente, ya sea desde un punto de vista positivo o negativo, qué interpretaciones audiovisuales son merecedoras de la especial protección que ampara la propiedad intelectual.

Conforme a la delimitación positiva y objetiva, cabría presumir, salvo prueba en contrario, que todas las interpretaciones integradas en determinadas categorías de obras (todas las audiovisuales) estarán protegidas: conforme a este criterio bastaría con delimitar las categorías de obras protegidas, presumiendo que cualquier interpretación integrada en las mismas estaría protegida.

Desde una punto de vista negativo y objetivo, para otras categorías de obras audiovisuales o, en su caso, grabaciones audiovisuales (tertulias, informativos, entrevistas, *talk shows*, programas de concursos, magazines, etc.), las prestaciones que en ellas se integran se presume que no estarán protegidas, salvo cuando concurren los criterios objetivos que nos ofrece el concepto legal, a saber, la actividad -consistente en interpretar o ejecutar artística, técnica y auténticamente-

dirigida a la creación de una obra o interpretación audiovisual, y siempre que concurra el requisito de originalidad.

También en sentido negativo, pero subjetivo y funcional en este caso, podemos acotar el concepto de interpretación audiovisual al excluir del mismo a los figurantes o extras –tal y como lo hemos hechos respecto de la “fijación audiovisual”-, puesto que intervienen en la producción de una obra audiovisual pero sin desempeñar un papel concreto ni formar parte de la trama de la obra, ni encarnan ningún personaje. Son aquellas personas, incluso caracterizadas, que caminan por la calle, pasean junto a los verdaderos personajes sin relacionarse con ellos, los que luchan en las batallas multitudinarias –aunque ya estos efectos se consiguen virtualmente en la mayoría de los casos-, los que conforman el público en un juicio, en un espectáculo público, etc.

Finalmente, después de las anteriores delimitaciones y acotaciones estamos en disposición de ofrecer un concepto de “interpretación audiovisual” en los siguientes términos: toda interpretación o ejecución artística original (comúnmente la desarrollada por un actor o por otro tipo de artistas que actúan en la misma condición) realizada ante y/o para la cámara, ya sea mediante la actuación de un personaje de ficción previamente concebido por el actor, mediante la interpretación de una obra literaria preexistente o mediante la improvisación, cuyo fin es su fijación –grabación- en un soporte, dispositivo, medio o sistema audiovisual –constituya éste una obra audiovisual o una mera grabación audiovisual- que permita su almacenamiento y visualización por cualquier persona con capacidad visual y sea, asimismo, susceptible de ser explotada mediante aparatos, dispositivos o sistemas de reproducción, transmisión o difusión de la imagen en movimiento, ya sea bajo las diferentes formas de comunicación pública -incluida la puesta a disposición y la radiodifusión-, la distribución de los soportes que las contienen en forma de alquiler o venta, etc.

Por tanto, en el presente trabajo se opta por el uso del término “interpretación audiovisual” en sentido amplio que acabamos de definir, esto es, comprensivo tanto del concepto de “fijación audiovisual” y con el alcance que le hemos delimitado más arriba, así como del concepto también delimitado de “interpretación audiovisual” propiamente dicha. De manera que, efectuada la delimitación previa de los dos conceptos que integran el de “interpretación audiovisual”, utilizaremos a partir de ahora tan solo éste por considerar que aporta simplicidad expositiva y contenido semántico suficiente y coherente con el objeto de estudio, dejando advertido que se dota al mismo de un alcance genérico y que está referido de manera indistinta a interpretaciones, actuaciones o ejecuciones artísticas desarrolladas ante y/o para la cámara. Y

que, asimismo, la calificación como “audiovisual” está referida a todo tipo de interpretaciones, actuaciones o ejecuciones artísticas que, con independencia del género artístico que se atribuya al artista (*v.gr.*, actor, doblador, bailarín, cantante, etc.), son creadas con el ánimo específico de ser incorporadas a una obra, grabación o fijación audiovisual y con la finalidad de ser explotadas como creaciones o prestaciones audiovisuales, ya sea de manera aislada e independiente o integradas en una obra o grabación audiovisual.

La anterior denominación permite, a su vez, identificar y dotar de identidad propia a aquellas interpretaciones creadas ante y/o para la “cámara”, o con una finalidad expresiva audiovisual, esto es, realizadas para ser fijadas y comunicadas como una serie de imágenes, acompañadas la mayor parte de las veces de sonido, que expresan sensación de movimiento, a cuyo través el artista expresa y transmite un conjunto de emociones, ideas, sentimientos y demás contenidos propios de la creación artística.

## **7.- LA INTERPRETACIÓN AUDIOVISUAL COMO OBJETO ESPECÍFICO DE PROTECCIÓN Y SUS CLASES.**

### **7.1.- La interpretación audiovisual como objeto específico de protección por la propiedad intelectual.**

En el anterior epígrafe se han anticipado algunos de los argumentos que justifican la sustantividad propia de la interpretación audiovisual, como bien inmaterial objeto de la propiedad intelectual.

Sabido es que la propiedad intelectual, como propiedad especial (arts. 428 y 429 Cc), constituye una institución jurídica de derecho privado que protege el resultado creativo, y no el proceso de creación. En este sentido, coincidimos plenamente con ÁLVAREZ ROMERO cuando afirma que “si la propiedad intelectual, en nuestra doctrina más solvente y en nuestro derecho positivo, pertenece al campo del derecho privado, constituyendo una de las modalidades del derecho de propiedad, y la Constitución española, en su artículo 33.1, reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, podría llegarse a la conclusión de que la propiedad intelectual está reconocida en la Constitución, porque reconocido el género se reconocen en él todas sus especies

que no estén expresamente incluidas”<sup>150</sup>. A mayor abundamiento, y por su parte, el art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, establece en su párrafo segundo el derecho de toda persona *a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*; de donde se sigue, en primer lugar, que tal derecho, que no es otro que el de propiedad intelectual, se reconoce sobre las obras ya producidas y, en segundo lugar, que esta propiedad tan especial admite una vertiente moral o espiritual digna de protección –vertiente que se concreta en un interés personalísimo que se mezcla, mas no se confunde, con la esfera de la personalidad del autor y del artista.

En este sentido, y tal y como se ha advertido *ut supra*, los derechos de propiedad intelectual conferidos por nuestro ordenamiento a los artistas se proyectan sobre sus actuaciones o interpretaciones fijadas, las cuales pueden integrarse en el conjunto de una obra audiovisual (v.gr., obra cinematográfica o serie de televisión) o, por el contrario, pueden formar parte de una grabación audiovisual que no tenga el carácter de obra, cual sucede con aquellas actuaciones o interpretaciones artísticas que integran un programa-concurso, de variedades, *talk shows*, magazines, galas, etc., o que son fijadas y utilizadas de forma aislada e independiente. Debe observarse, en definitiva, que por lo que se refiere a los artistas del sector audiovisual, el objeto de protección es la interpretación o actuación fijada en una grabación audiovisual, siendo indiferente el soporte o medio audiovisual donde se hallen fijadas.

Siguiendo esta línea argumental (en el caso de las interpretaciones audiovisuales la propiedad intelectual protege la interpretación fijada), cumple advertir, en todo caso, que el modelo de mercado o de negocio en la explotación de las interpretaciones audiovisuales es distinto al de las interpretaciones o ejecuciones musicales: la película o la serie de televisión se producen para ser comunicados públicamente sin que el artista pueda aspirar a explotar tales interpretaciones fijadas mediante su representación en vivo, en tanto que el disco se produce para ser vendido y, en su defecto, comunicado públicamente, al tiempo que el músico obtiene mayores rendimientos económicos de sus conciertos en vivo que de la venta o comunicación pública de sus actuaciones musicales fijadas en un fonograma. Incluso dentro del ámbito estrictamente musical, cabría apuntar matices entre los cantantes –intérpretes- y los músicos que componen la banda o la orquesta correspondiente.

---

<sup>150</sup> ÁLVAREZ ROMERO, Carlos, *La Constitución española y el derecho de propiedad intelectual*, Boletín de ANABAD, año XXIX, núm. 1, Madrid, 1979, pág. 78.

De tales diferencias de modelo de negocio, y no de su hipotética distinción conceptual, se han derivado consecuencias jurídicas<sup>151</sup> de distinto alcance para unos u otros artistas intervinientes en las mismas<sup>152</sup>, reflejo directo, a su vez, de las diferentes prácticas contractuales y de la forma de ejercitar sus derechos, tanto en su vertiente individual como en los supuestos en los que la gestión colectiva a través de una entidad viene impuesta por la Ley.

Pero existen argumentos no netamente jurídicos que avalan, como venimos argumentando, la sustantividad de la interpretación audiovisual, acotada respecto a los intérpretes comúnmente identificados con este sector (actores, principalmente). Sustantividad que halla sentido a la hora de valorar económicamente las aportaciones más decisivas para explotar una obra en la que concurren intérpretes y ejecutantes, esto es, la de los actores o intérpretes audiovisuales. Y ello porque la música incorporada a la banda sonora no deja de tener un carácter ambiental o de acompañamiento, que constituye un incentivo de carácter secundario para el espectador y, de este modo, contribuye con ese mismo carácter residual a la generación de ingresos derivados de la obra audiovisual.

## **7.2.- Clases de interpretaciones audiovisuales.**

### **7.2.1.- Tipología de interpretaciones audiovisuales en general: delimitaciones.**

Hablar de tipología o clases de interpretaciones audiovisuales conlleva de nuevo una labor delimitadora previa para poder circunscribir el amplio espacio de estudio a aquellos supuestos que denoten interés para el futuro de la presente Tesis, evitando así una casuística excesiva.

Consecuentemente, la primera acotación importante que hacemos, y que proyectará sus efectos de ahora en adelante, consiste en circunscribir el estudio de las interpretaciones audiovisuales a aquellas que contienen actuaciones actorales, por ser las más comunes, dejando el estudio de las que contienen actuaciones de danza o de artistas musicales para otra ocasión, bajo el buen

---

<sup>151</sup> Prueba de ello la encontramos en los diferentes beneficiarios de los tratados internacionales que protegen a los artistas intérpretes o ejecutantes dependiendo de si sus prestaciones artísticas han sido fijadas en fonogramas o en fijaciones audiovisuales, refiriéndose a los primeros el WPPT de 1996, y a los segundos el reciente Tratado de Beijing. En esta misma línea, caben ser citados los trabajos que se están llevando a cabo en el ámbito europeo con objeto de regular de manera diferenciada la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales –comprendidas en la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior-, y aquellos relativos a la distribución en línea de obras audiovisuales en la UE –*Libro Verde de la Comisión Europea sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital*, de 13 de julio de 2011, y la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de septiembre de 2012, sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la UE [2011/2313(INI)].

<sup>152</sup> Incluso esta diferencia sí tiene reflejo legal, como demuestra la nueva redacción dada por la Ley 21/2014, al art. 110 bis TRLPI.

entendimiento que todo cuanto se diga de aquéllas cabe ser predicado de éstas en la medida que respondan a la configuración jurídica que de las interpretaciones audiovisuales hemos ofrecido *ut supra*.

De otro lado, tanto el formato de la obra o grabación en la que se integra la interpretación artístico-actoral como el contenido y género temático de la misma imponen una clasificación de las interpretaciones audiovisuales para distinguir entre las prototípicas que comprenden una actuación completa de imagen y habitualmente voz, de aquellas que son tan solo de voz como las de doblaje o sincronización de diálogos en obras de animación audiovisual. Bajos esos criterios generales también cabe apreciar determinadas interpretaciones audiovisuales que se integran de manera autónoma en grabaciones audiovisuales y se explotan también de manera independiente, como los *sketches* cómicos y de humor; o forman parte de un programa de televisión de variado espectro (*talk shows*, magazines, variedades, galas, concursos con actuaciones, etc.).

### **7.2.2.- Las interpretaciones audiovisuales de “imagen”.**

Las interpretaciones audiovisuales de “imagen” constituyen el exponente principal y habitual del concepto de “interpretación audiovisual” más arriba construido, y por tanto, son las prototípicas y más completas, en cuanto que concurren en ellas todos los elementos expresivos y personalísimos posibles: voz, cuerpo, movimiento, gesto, ritmo, imagen, pausa, etc.

Con esta denominación, pues, se alude en la práctica a las interpretaciones de actores en cualquiera de sus manifestaciones, que comprenden asimismo la propia voz del actor, bien fijada durante el proceso de rodaje - o bien sincronizada *a posteriori* cuando ésta consiste en la sincronización o pre-sonorización<sup>153</sup> de su propia voz , a excepción de las interpretaciones de voz y específicas de los actores de doblaje-, de manera que el mismo artista –sujeto, persona física- crea y actúa un personaje audiovisual aportando tanto la forma externa (cuerpo, gesto, movimiento, imagen, etc.) como su propia voz –con sus tonos, silencios y demás recursos fonéticos-, excepto en el caso del mimo o la pantomima audiovisual –que son interpretaciones de

---

<sup>153</sup> “Pre-sonorización: en la producción cinematográfica y televisiva se da a esta palabra un sentido especial y se entiende como la sustitución de la voz de un actor o de una obra audiovisual por la de otro artista intérprete o ejecutante, sincronizando los sonidos emitidos por el último con los movimientos bucales y otros ademanes del actor que aparece en la pantalla. Esta pre-sonorización se utiliza sobre todo cuando se producen obras musicales, con objeto de combinar la representación o ejecución del actor cinematográfico con el arte de un cantante. Se considera comúnmente que la pre-sonorización está sujeta a consentimiento de ambos artistas intérpretes o ejecutantes involucrados. Por pre-sonorización se entiende también a veces la sincronización de las acciones de un artista intérprete o ejecutante con su propia voz grabada por separado” - *Glosario de Derecho de autor, óp. cit.*, pág. 194.

“imagen” pero sin voz-, para formar una “unidad expresiva” con todos esos elementos personalísimos o un “ente creativo” que hemos definido ya como “interpretación audiovisual”.

Esta modalidad de interpretación es la que analizaremos con mayor detenimiento a lo largo de este trabajo y constituirá siempre nuestro referente. En realidad, esta modalidad de interpretación audiovisual constituye el objeto de estudio de la presente Tesis, que se desarrollará a partir de los siguientes capítulos.

Supuestos típicos de esta modalidad de interpretación audiovisual son las que realizan los actores que encarnan un personaje de ficción en la obra cinematográfica, en las obras de ficción televisiva (series dramáticas, comedias de situación, telenovelas, *TV movies*, etc.), *sketches*, mimo o pantomima audiovisual, o aquellas otras que se fijan en un soporte, dispositivo, sistema o medio audiovisual o cualquier grabación de tal naturaleza o en un programa de televisión.

Es decir, las interpretaciones audiovisuales de “imagen” representan prácticamente el 95% de la totalidad de dichas interpretaciones, sin perjuicio de que luego, por la modalidad del formato en que se integran o en atención a los concretos recursos expresivos utilizados por el actor se califiquen, a su vez, como *sketch*, mimo o pantomima, etc. En sentido negativo, podría decirse también que son interpretaciones de imagen todas las que no son exclusivamente de voz.

Por tanto, y como quiera que esta modalidad de interpretación audiovisual constituye el objeto principal de estudio de la presente Tesis, basta con haber apuntado su clasificación, así como su características y contornos generales para poder remitirnos al siguiente y sucesivos capítulos de la misma con el propósito de profundizar en su conocimiento desde todas las perspectivas posibles.

### **7.2.3.- Las interpretaciones audiovisuales de “voz”.**

Con esta denominación se alude a las interpretaciones propias de los actores de doblaje, que actúan a través de todos los registros de su voz, sin prestar su imagen ni su cuerpo al personaje, puesto que éste o bien lo encarna otro actor que lo parlamenta en otro idioma o se trata de sincronizar la voz y demás expresiones sonoras de los personajes de animación.

De hecho, en atención a las normas sectoriales, en efecto, la función del actor de doblaje consiste en interpretar y sincronizar o sonorizar la actuación del original con la mayor fidelidad a la

interpretación de la misma, así como la creación de personajes sin sonido de referencia (v.gr., dibujos animados). El doblaje y sonorización tiene por objeto o se integra en obras audiovisuales, entendiendo, que a efectos de su protección en el marco de la propiedad intelectual, éstas se circunscriben a las siguientes: a) Las obras cinematográficas, cualquiera que sea su formato y duración (largos y cortometrajes, animación, etc.); b) Las obras audiovisuales de ficción televisiva –*TV movies*, series dramáticas, comedias de situación, etc.-; c) Los documentales y producciones similares; d) los videojuegos; e) Los programas interactivos, los productos multimedia, y los audio-libros.

De nuevo, por su carácter ilustrativo y de alcance general, acudimos al Glosario OMPI, en el que la sincronización es definida como la adición de palabras habladas u otros efectos sonoros a una fijación audiovisual (doblaje) de manera que sean exactamente simultáneos con los correspondientes movimientos bucales y demás ademanes que aparecen –que realiza el personaje visual. Un tipo especial de sincronización consiste en dotar a una obra audiovisual de diálogos traducidos, pronunciados por personas distintas de los actores de la obra originaria. Generalmente se entiende que el derecho de adaptación cinematográfica comprende el derecho de sincronizar las obras adaptadas<sup>154</sup>.

En España este tipo de actuaciones de voz se hallan muy extendidas, tanto en cine como en televisión, desde la época de la censura hasta nuestros días. La mayoría de contenidos que se explotan en salas de cine o en televisión de origen e idioma extranjero son objeto de doblaje. De hecho, prueba de su dimensión y a diferencia de otras legislaciones nacionales sobre la materia, nuestro TRLPI atribuye en su art. 113. 2 un derecho exclusivo al actor que encarna un personaje en la obra originaria para que pueda autorizar o no *el doblaje de su actuación en su propia lengua*.

#### **7.2.4.- El *sketch*.**

Los denominados *sketches* son pequeñas obras audiovisuales a las que se incorporan interpretaciones artísticas por parte de los actores (incluso bailarines). Son sin duda actividades artísticas protegibles, siempre y cuando reúnan los requisitos exigidos legalmente para ser consideradas como tales, es decir: que constituya una creación original -normalmente una pequeña trama dramatizada de carácter humorístico-, que evidencien una aportación personalísima del artista en los términos más arriba indicados.

---

<sup>154</sup> Glosario de Derecho de Autor, *óp. cit.*, pág. 251.



La única especialidad jurídica de este tipo de interpretaciones audiovisuales es que se integran normalmente en programas televisivos -que no son considerados obras sino grabaciones audiovisuales- o constituyen una obra independiente en sí misma susceptible de percepción y explotación autónoma, como ocurre cuando se difunden a través de las diferentes ventanas *online*.

Al respecto debemos traer a colación una vez mas las manifestaciones de MASOUYÉ, que señala “que tales artistas no están enteramente privados de protección cuando su interpretación o ejecución tiene por objeto escenas breves (de tipo *sketch*) o pantomimas que, fijadas o no en un soporte material, gozan la protección del derecho de autor (...)”<sup>155</sup>.

Por tanto, las interpretaciones audiovisuales aisladas –esto es, no integradas en obras audiovisuales, que es lo común- suelen adoptar el formato del *sketch* y suelen formar parte de un programa de televisión o de una grabación audiovisual. De manera que constituye una modalidad de interpretación audiovisual definida por el tipo de formato y no tanto por la clase de contenido, aunque se suelen orientar hacia lo cómico, humorístico, mímico, *clown* y similares.

### **7.3.- Especial referencia a las interpretaciones actorales integradas en obras publicitarias.**

Finalmente, mención aparte merecen las actuaciones actorales de carácter audiovisual, esto es, ante y/o para la cámara, con fines publicitarios. Actuaciones actorales, con independencia de que el sujeto sea actor profesional o no, pues de una interpretación audiovisual se trata, solo que definida su especialidad por su finalidad publicitaria y por una forma y contenido singulares, dirigidos a tal fin.

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, constituye la normativa de carácter especial aplicable en materia de publicidad, en concreto y por lo que nos atañe, regula en sus arts. 20 y 21 el contrato de creación publicitaria. El primer precepto nos dice que el contrato de creación publicitaria *es aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga a favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar una proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario*.

---

<sup>155</sup> MASOUYE, Claude, *Guía de la Convención de Roma*, *óp. cit.*, pág. 10.

Seguidamente, el art. 21 de dicho cuerpo normativo prevé que *las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial e intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes*, y que no obstante lo anterior, *los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo*.

El citado precepto contiene, pues, una declaración expresa de compatibilidad de las obras publicitarias con el ámbito de aplicación de la propiedad intelectual.

Por su parte, la única referencia a las obras publicitarias que se contiene en el TRLPI se encuentra en su art. 90.6, que dispone que los derechos establecidos en los apartados 3 y 4 (remuneración por comunicación pública) *no serán de aplicación a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario*.

Consecuentemente, las obras publicitarias pueden ser objeto de propiedad intelectual. Sin embargo, en cuanto al ejercicio de los derechos de explotación del autor se aplica la presunción de cesión *iuris tantum* de derechos prevista en su ley especial, conjuntamente con la exclusión del derecho de remuneración del autor de la obra audiovisual por comunicación pública prevista en el 90.6, *in fine*, del TRLPI. La aplicación de ambas normas condiciona el que los efectos prácticos de una eventual protección por la propiedad intelectual sean mínimos, habida cuenta que la publicidad, conforme se define en la ley, *es toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover* [un producto o servicio]. Si la comunicación pública es su única forma de explotación y el autor cede el derecho de autorizar la comunicación pública sin tener reconocido un derecho de remuneración, la protección de carácter intelectual queda anulada en la práctica (sin perjuicio de los derechos morales correspondientes al autor).

Las consecuencias de esta regulación, respecto a las interpretaciones audiovisuales, dependerán de la interpretación jurídica que se lleve a cabo.

Aplicando analógicamente los arts. 23 LGP y 90.6 TRLPI a los artistas intérpretes, se entiende que al firmar el contrato de interpretación para realizar una obra publicitaria ceden los derechos de explotación, en concreto, el derecho de autorizar la comunicación pública a favor del

anunciante o de la agencia. No existiendo un reconocimiento legal, por analogía con el art. 90.6 TRLPI, del derecho de remuneración por la comunicación pública de las interpretaciones fijadas en obras publicitarias.

En cambio, conforme a una interpretación gramatical y estricta –que no compartimos- de la literalidad de los arts. 23 LGP y 90.6 TRLPI referidos al autor de la creación publicitaria, dichas normas no son aplicables al artista, siendo de aplicación los preceptos del TRLPI que regulan los derechos intelectuales correspondientes al mismo (previstos en los arts. 106 y ss. TRLPI).

La existencia de argumentos que avalan ambas hipótesis nos obliga de nuevo a indagar qué tipo de actividad realiza el artista en estos casos, y si la misma cumple los criterios para ser considerada una interpretación protegida.

La publicidad, en el marco de la sociedad actual, constituye una forma de comunicación de masas dirigida a dar a conocer una información a una masa anónima de destinatarios. Esta información tiene un objetivo o finalidad claramente predeterminada, que no es otro que motivar a los destinatarios para el consumo y contratación de determinados productos y servicios. Por tanto, el objeto de la misma se centra en el deseo del empresario de perseguir el éxito en el mercado de un producto mediante la persuasión de los consumidores para que lo adquieran.

Esta modalidad de obras y de interpretaciones audiovisuales de carácter publicitario adoptan formas específicas para difundir su mensaje de la manera más eficaz y a tal fin utilizan elementos comunicativos tan variados como slogans, personajes, dibujos, maquetas, fotografías, creaciones audiovisuales *ad hoc*, etc.). El carácter publicitario de tales creaciones viene determinado por su destino, a saber, por su utilización a los fines de publicidad que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 LGP, ha de ser entendida como la realización de un acto de comunicación entre anunciante y público destinatario, realizado en el marco de una actividad empresarial, con el fin de promover la contratación de los productos o servicios del anunciante.

Ahora bien, conforme a los principios establecidos en el TRLPI, son objeto de protección las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en un futuro (art. 10.1 TRLPI). De este modo, la condición de creaciones literarias, artísticas o científicas, concurre en la mayoría de los casos en las obras de carácter publicitario, pues los criterios del TRLPI no atienden a la

finalidad. Por tanto, una vez determinada la concurrencia en la creación publicitaria de los referidos requisitos, y su calificación como obra protegida por dicha norma, es necesario determinar si una interpretación artística comprendida en este tipo de obras puede considerarse, igualmente, protegida por la propiedad intelectual.

Respecto a las prestaciones artísticas contenidas en las referidas obras publicitarias, en efecto, se pueden distinguir nítidamente varios supuestos:

- La intervención de una persona (modelo publicitario o incluso actor) que no interpreta ningún tipo de personaje, aún siguiendo un guión predeterminado, sino que es elegido por su especial renombre o fama, o por sus características físicas, supuestos que están excluidos de la protección prevista en el TRLPI. En este caso serían de aplicación las normas protectoras del derecho a la propia imagen<sup>156</sup>.
- La intervención de quien, a pesar de prestar su imagen, incluso voz, en algún caso, realiza una labor asimilable al del mero figurante o comparsa, excluida de la noción jurídica de artista intérprete, como vimos en los antecedentes normativos de este concepto, y como admite de manera unánime la doctrina. Aquí también sería su imagen personal el bien jurídico concernido.
- El supuesto del artista que encarna un determinado papel. En este caso se ha de tener presente que todos los elementos que configuran un *spot publicitario* están estructurados en forma de guión, como en cualquier otra obra audiovisual, incluida la descripción de personaje que ha de interpretar el sujeto y sus diálogos o mensajes, caracteres y demás elementos o perfiles necesarios para transmitir con verosimilitud el mensaje promocional. Y como en cualquier interpretación audiovisual, el sujeto –actor profesional o no- deberá actuar dentro del ámbito delimitado por el guión a través de su voz, movimientos, gestos, ademanes, pausas, silencios, etc., con el objetivo de crear una sensación o persuasión predeterminada en el consumidor, marcando su impronta personal en dicha actuación, lo que determina un resultado creativo en forma de interpretación audiovisual susceptible de protección por la propiedad intelectual, con las limitaciones que impone la LGP, y también amparados su imagen y honor por el art. 18 CE y por la LO 1/1982, de 5 de mayo.

---

<sup>156</sup> La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, prevé que, salvo autorización expresa del titular, *se considerará como intromisión ilegítima “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga* (art. 7.6).

En suma, cuando la actuación artística reviste todos los requisitos para constituir una interpretación audiovisual, aunque la misma se integre en una obra audiovisual de carácter publicitario, estaremos en presencia de una modalidad de interpretación audiovisual que, por la especial configuración jurídica descrita, sin embargo, no tiene capacidad para generar los rendimientos propios de los derechos de contenido patrimonial que nuestro TRLPI atribuye, con carácter general, a toda suerte de interpretación fijada en un soporte, medio, dispositivo o sistema audiovisual. Lo cual nos conducen a su descarte a los efectos de la presente Tesis, y así dejar despejado y acotado el ámbito de la interpretación audiovisual a las modalidades anteriormente descritas y clasificadas.

## **8.- LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES.**

### **8.1.- Planteamiento general: premisas jurídicas fundamentales.**

#### **8.1.1.- Introducción.**

Todo cuanto se ha expuesto en el presente capítulo y en el siguiente nos servirá de apoyo jurídico, fáctico y científico para acometer la búsqueda de los fundamentos jurídicos específicos y sólidos que justifiquen, en general, una protección adecuada de las interpretaciones audiovisuales. Desde el momento en que las mismas cuentan con una regulación positiva, aun con sus lagunas y deficiencias, dicha tarea debería decaer innecesaria si no fuera porque en la base de su situación jurídica han incidido sobremanera tesis y dogmáticas que parten de la negación del carácter creativo del actor o de devaluar su aportación para reducirle a la categoría de mero colaborador, instrumento de transmisión o de reproducción de las palabras, ideas, y demás contenidos dramáticos especificados por el autor de la obra literaria. Tales concepciones abogan por no regular nuestro objeto de estudio y/o, de hacerlo, que sea a un nivel inferior al del autor, al considerar a éste -o a una determinada tipología- como único creador y artífice de las obras, incluidas las obras audiovisuales, pese a ser configuradas éstas por el TRLPI como obras en colaboración.

En efecto, la cimentación de la fundamentación jurídica proclive a la protección de las interpretaciones audiovisuales por la institución de la propiedad intelectual se verá enriquecida y

reforzada por las premisas fácticas, científicas, artísticas, económicas y sociales que se abordarán en el siguiente capítulo, las cuales arrojaran luz abundante, diríamos que abrumadora, para poner de manifiesto que el marco normativo actual, además de silencios injustificados, contiene lagunas, limitaciones, incoherencias –incluso contradicciones- y encubre, en definitiva, un trato discriminatorio hacia las interpretaciones audiovisuales, de todo punto injusto y absurdo con la propia realidad creativa, económica y social que dicha modalidad de creaciones han adquirido en las últimas décadas, hasta el punto de que se han convertido en la categoría máspreciada, influyente y determinante de la cultura actual, inmersa desde hace tiempo en la era de la imagen y del audiovisual, amén de la era digital y de la globalización imperante.

Solo conociendo en qué consiste la creatividad y su proceso –común a todas las artes y tan solo diferente en la forma, medios y técnica de externalización-, así como el verdadero trabajo creativo del actor y las dimensiones económica y social de las interpretaciones audiovisuales, podremos alcanzar un nivel de convicción absoluto sobre el fundamento jurídico-protector de nuestro objeto de estudio.

El injusto silencio y abandono que las legislaciones nacionales han venido haciendo de los derechos de los artistas titulares de interpretaciones audiovisuales tal vez sea consecuencia directa de la tardía regulación de tales sujetos y bienes jurídicos en las normas o tratados internacionales y regionales, pero en ningún caso queda justificado, más aún en el presente y en las últimas décadas, dado el grado de explotación y la incidencia económica, social, cultural y política de tales bienes jurídicos en la época actual. El tradicional desfase entre la realidad y el Derecho o la norma, pues en este caso clama al cielo, anota además otra diferencia respecto del común acontecer, ya que en nuestro supuesto la causa de tal desfase ahonda en intereses económicos de origen diverso, precisamente por la propia trascendencia económica y social que tales creaciones han adquirido.

Vivimos, en efecto, inmersos en la era de la imagen en movimiento -audiovisual- y, paradójicamente, los protagonistas de la misma y los frutos de su creación se hallan desamparados formalmente en la mayoría de las legislaciones nacionales. Y si bien esta laguna se va paliando progresivamente en aquellos países en los que se protege jurídicamente a las interpretaciones audiovisuales, el nivel de amparo es inferior al de otros creadores que también aportan elementos creativos a la obra audiovisual. España tal vez disponga de una de las legislaciones más avanzadas en la materia, pero aún así se evidencian lagunas, incoherencias y

tratamientos discriminatorios o de inferior grado respecto del que reciben los autores nominales de la obra audiovisual *ex art. 87 y concordantes del TRLPI*.

Asumir la compleja tarea de buscar los fundamentos jurídico-protectores de las interpretaciones audiovisuales no es baladí, sino que se justifica en la necesidad de despejar dudas dogmáticas de fondo en torno al régimen jurídico de tales bienes. Por tanto, lejos de constituir una suerte de *excusatio non petita accusatio manifesta*, hallar fundamentos jurídicos sólidos para una protección ajustada a la configuración técnica y fáctica de la interpretación audiovisual allanará todo el camino que ha de recorrer el presente estudio y cimentará sobre bases seguras las construcciones, conceptualizaciones y conclusiones que se puedan alcanzar.

La orfandad y el tratamiento normativo que venimos denunciando suele presentar como mejor aliado el desconocimiento de las premisas técnicas y fácticas referidas, cuyo efecto principal es la predisposición a considerar que las interpretaciones audiovisuales carecen de cualesquiera fundamentación jurídica que permita construir un sistema protector como el que reivindicamos de principio a fin en la presente Tesis.

Abordaremos, por tanto, la cuestión capital de la fundamentación jurídica de la protección de las interpretaciones audiovisuales, comenzando por sentar las premisas jurídicas generales y las especiales del campo de la propiedad intelectual para establecer, tras hacer también un recorrido por el tratamiento que la cuestión ha recibido en la doctrina jurídica, nuestro posicionamiento conclusivo en torno a este extremo de efectos irradiadores y transversales para el conjunto de nuestra investigación. Finalmente, consecuencia de todos los análisis anteriores, fijaremos, con criterio recopilatorio y sintético, unas conclusiones generales sobre todos los extremos abordados en torno a los fundamentos para la protección de las interpretaciones audiovisuales, con la intención de que los mismos queden ya definitivamente establecidos de ese modo.

Veamos, pues, cómo podemos hacer realidad para el artista del medio audiovisual el contenido del reiterado art. 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que nos recuerda que *toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*.

### 8.1.2.- Las premisas jurídicas fundamentales.

Considerando la conveniencia de fijar, con carácter previo, aquellas premisas jurídicas o principios, casi universales, que consagran los tratados internacionales, las normas regionales y las legislaciones nacionales sobre la materia, podremos iniciar la construcción de la fundamentación jurídica que buscamos en función del cumplimiento de los requisitos y premisas legales que se exigen a toda creación intelectual para beneficiarse de un régimen protector privilegiado y especial como es la propiedad intelectual. La sola consideración de tales principios abonaría *per se* el reconocimiento general de un marco jurídico para la protección adecuada de las interpretaciones audiovisuales.

Los principios o premisas fundamentales a tener en cuenta serían las siguientes:

- 1ª.- Toda creación original merece ser protegida.
- 2ª.- El Derecho de autor y la propiedad intelectual en sentido amplio sientan su fundamento esencial en procurar un incentivo económico y moral al creador.
- 3ª.- Cuando una creación es susceptible de generar rendimientos económicos, éstos han de redundar en su creador en alguna medida digna y no sólo en su explotador.
- 4ª.- El Derecho de autor y la propiedad intelectual en sentido amplio no protegen la fase de creación sino el resultado de la misma (la obra, la interpretación, etc.).
- 5ª.- Pero ni el Derecho de autor ni la propiedad intelectual en sentido amplio protegen el resultado creativo de manera estática, sino que en la mayoría de los supuestos de protección lo que garantizan a su titular es una participación económica en la explotación de dicho resultado.
- 6ª.- No debería existir colisión entre los derechos del autor y los del artista ya que se proyectan sobre objetos diferentes, los del primero sobre la obra y los del segundo sobre su interpretación.
- 7ª.- Una cosa son los autores y los artistas, en cuanto que únicos titulares originarios de la obra e interpretación audiovisual, y otra bien distinta son las entidades de gestión de los



derechos de aquéllos. Lo que suele colisionar en el mercado son las entidades de gestión y no los titulares administrados. Este hecho ha inducido, en no pocas ocasiones, a generar mucha confusión y a establecer prejuicios que necesitan ser superados.

- 8ª.- Se halla fuera de toda duda, no obstante los prejuicios aludidos, que el actor constituye, en la inmensa mayoría de los casos, el elemento esencial y decisivo para que la obra o grabación audiovisual alcance mayor o menor nivel de explotación. Hecho obvio y decisivo, a los efectos que aquí interesan, que se manifiesta no sólo en la influencia que ejerce en las preferencias del público, sino también en las de los productores y explotadores de tales creaciones, para quienes la presencia de un determinado actor resulta decisiva para todo el proyecto en su conjunto.
- 9ª.- También se sitúa fuera de toda duda que la interpretación de un actor constituye una creación original y singular digna de protección. Ciertamente su interpretación se basa en un guión, pero no es menos cierto que el guión no suele ser el objeto de explotación de la obra audiovisual, ésta es un resultado diferente y este resultado es el que genera derechos de explotación, sin perjuicio de que el guión siempre es un proyecto potencial pero, finalmente, es el actor quien ha de crear su personaje, aun siguiendo las pautas del guión y del director de la película, obviamente. Recordemos que el Derecho de autor no protege la idea sino la exteriorización de la idea, el resultado creativo, la obra audiovisual.
- 10ª.- La obra audiovisual se concibe como una obra en colaboración, esto es, como el resultado de diversas aportaciones creativas: guión, dirección, fotografía, música e interpretación actuarial, fundamentalmente.

Las anteriores premisas las hemos calificado de jurídicas porque cuentan con una fundamentación jurídica y han sido aceptadas bien por las legislaciones nacionales e internacionales bien por la dogmática o por la jurisprudencia. Varias de ellas han sido tenidas en cuenta, asimismo, para fundamentar la protección de otros creadores o titulares u otras modalidades de creaciones, lo cual legitima *per se* su uso para el presente caso. Finalmente, aquellas premisas jurídicas que guardan mayor relación con el actor, con la interpretación y la obra audiovisual han sido ya objeto de análisis jurídico *ut supra*, al tiempo que serán reforzadas con las premisas, argumentos y conclusiones técnicas y fácticas del siguiente Capítulo III. Por tanto, no todas las premisas y/o requisitos apuntados pueden ser tratados seguidamente, sino tan solo aquellos de índole jurídica que -en algunos casos ya estudiados- aún no habían sido traídos a

colación con carácter de fijar los fundamentos de la misma protección de las interpretaciones audiovisuales, sino para otros fines.

## **8.2.- Los requisitos para la protección de las interpretaciones audiovisuales.**

### **8.2.1.- Planteamiento del problema: los clichés terminológicos en la materia.**

Si el requisito esencial y universal que determina la protección de un resultado intelectual (obra o interpretación) es su originalidad y su mera creación (así el art. 1 TRLPI, entre otros), la búsqueda del fundamento de la protección de una interpretación o ejecución artística debe iniciarse bajo la pauta de vencer las inercias del pasado, porque la historia de la propiedad intelectual para con el artista se halla plagada de prejuicios, frustraciones y agravios, sin duda, poco compatibles con la realidad y con la justicia. En esta materia, los contornos terminológicos y las concepciones han jugado un papel decisivo y no siempre positivo, pues las tensiones económicas han vencido habitualmente la resistencia y la neutralidad de la doctrina jurídica y jurisprudencial, sobre todo hasta finales del pasado siglo.

Se suele decir, en efecto, que hay autoría si hay obra. Por tanto, la búsqueda profunda del fundamento protector del artista, en cuanto creador, nos obliga a indagar con cierto matiz, primero, la esencia de su actividad artística y, segundo, los elementos configuradores del objeto de interpretación (la obra), ya que la conjunción de ambos aspectos nos revelará la razón que sustenta la protección de la interpretación resultante, incluso dentro de esos parámetros restrictivos articulados en torno a la correlación obra-autor. Pues el artista, en efecto y sin duda, crea su interpretación, genera algo que antes no existía en esa forma, como el pintor que pinta una iglesia o un parque y como el escritor que describe unos hechos y unos personajes de la vida real. La base de toda creación ya existe, la novedad o la originalidad consiste, precisamente, en imaginar –pensar en imágenes- esa realidad de otra forma y plasmar esa nueva forma en un *corpus mechanicum*.

Mas, el problema dogmático de fondo radica en pretender sujetar a esos esquemas o clichés terminológicos y conceptuales una actividad creativa que protagoniza otro sujeto diferente al definido como autor y su resultado creativo es también un objeto que puede integrar o constituir por sí mismo una obra -según su conceptualización clásica- o no, pero en todo caso se trata de una creación de primer orden y de gran valor económico, cultural y social. La labor artística de un actor es inexorablemente creativa. El proceso creativo de su personaje y la actuación del

mismo ante el público o ante la cámara, como se verá, responde exactamente a los mismos parámetros creativos que los de cualquier otro autor, inventor o creativo, con la sola diferencia – que refuerza más si cabe su carácter creativo, en lugar de debilitarlo- que el actor ha de externalizar su creación mental -configuración del personaje- mediante recursos expresivos de su personalidad como la voz, el gesto, el movimiento o la mirada. Por ello, su actividad creativa resulta ser de las más cualificadas y de las más valoradas, al tiempo que una de las más desconocidas por el público y por una parte de la doctrina jurídica. Porque ambos tan sólo perciben el resultado de su creación (el personaje actuado), no el proceso previo de construcción o creación del mismo.

Por tanto, se trata de desgranar conceptos jurídicos ya sentados para someterlos a una prueba de contraste en búsqueda de cualesquiera de los siguientes resultados: a).- considerar que el concepto abierto y flexible de la “obra” comprende también el resultado creativo tangible de la actividad artístico-actoral, esto es, la “interpretación audiovisual”, por cuanto que ambos objetos albergan el resultado material e intangible al tiempo de sendos procesos creativos de características y naturaleza idéntica, solo que proyectados sobre objetos necesariamente diferentes, como diferente es también cada “obra” concreta de otra obra y cada “interpretación audiovisual” de cualesquiera otra interpretación audiovisual; b).- superar también la dicotomía subjetiva autor-artista/actor, pues ambas categorías responden por igual al esquema funcional y sustantivo de “sujeto creador”; c).- seguir considerando que autor y obra forman una unidad conceptual diferenciada de la que integran el artista/actor y la interpretación audiovisual, de manera que las diferencias que separan a ambas unidades justificaría también una ubicación sistemática dentro del TRLPI distinta y un tratamiento jurídico consecuentemente diferenciado; d).- no forzar ninguna interrelación ni correlación conceptual entre dichas unidades y que cada cual, dentro de sus respectivos ámbitos o parámetros, gocen de una singular regulación positiva, sin jerarquías entre ellas.

Cualquiera de los resultados que se alcancen, incluso si se establece entre ellos órdenes de prelación, pueden ser interesantes en todo caso, pero no pueden soslayar que ambas categorías subjetivas –autor/artista- y objetivas –obra/interpretación- cuentan con una protección normativa vigente a un nivel aceptable, susceptible de mejora, y que esa concreta regulación pone de manifiesto *per se* la superación de cualesquiera dudas dogmáticas sobre la capacidad e idoneidad de los elementos que concurren en las interpretaciones audiovisuales para hallar el amparo de la propiedad intelectual.

Ambos aspectos –subjetivos y objetivos-, no obstante, han sido ya abordados y resueltos en los epígrafes precedentes, a los que nos remitimos en términos generales por economía. Tan solo recordar al respecto, que la esencia y fundamento de la actividad creativa del actor será objeto de estudio exhaustivo y principal en el siguiente Capítulo III, así como, en gran medida, los elementos configuradores del objeto de la interpretación que, en efecto, suele ser una obra literaria preexistente –dramática o guión, principalmente-, y en ocasiones es fruto de la improvisación. Pero es necesario recordar, asimismo, que la obra literaria preexistente tan solo contiene unas pautas en forma de descripción del personaje -también literario- dejando un amplio margen al actor para aportar otros elementos nuevos y expresarlos todos con su propios recursos personalísimos hasta construir y dotar de vida a un nuevo personaje audiovisual, que se integra en una obra también nueva y diferente a la literaria, que suele ser la obra audiovisual. También conviene saber que no sólo el actor interpreta -hermenéuticamente tan solo- la obra preexistente a los fines descritos, sino también el director-realizador, el director de fotografía y el montador como punto de partida básico para poder elaborar una nueva obra.

De otro lado, también *ut supra* acometimos la tarea de delimitar aspectos y conceptos esenciales, al tiempo que conceptuamos jurídicamente los elementos fundamentales y configuradores de las interpretaciones audiovisuales tales como el sujeto creador (artista-actor), la singularidad subjetiva de la interpretación actoral y el propio concepto integrador de “interpretación audiovisual”. Con esos parámetros ya sentados, podremos asumir el estudio de los demás requisitos jurídicos que emanan de la propiedad intelectual para arbitrar un régimen protector adecuado a tales bienes jurídicos.

### **8.2.2.- El requisito de “originalidad” en la interpretación audiovisual.**

Aunque de los epígrafes precedentes se infiere sin esfuerzo que la labor artística o interpretativa del actor es *per se* creativa y original, tanto por el aporte de elementos personalísimos como por la construcción de un resultado -un personaje nuevo, distinto del literario- que antes no existía, consideramos relevante atender de modo específico al criterio de la originalidad en la interpretación audiovisual. En ocasiones, lo tautológico y lo obvio es lo que más cuesta ver, sobre todo y como es el caso, si se interponen cortinas de intereses económicos diversos.

Mas, toda creatividad externalizada es original en sí misma. Recordemos que etimológica y conceptualmente el término creatividad significa engendrar, y que crear o engendrar significa alumbrar algo nuevo que antes no existía o existía en otra forma, de tal suerte que, en esencia, la

creatividad consiste en identificar un problema o un objetivo complejo y resolverlo de modo original. Para identificar el problema o el objetivo se precisa de diversas capacidades como la inteligencia, la memoria, la intuición, la imaginación, la abstracción, etc.; y para resolverlo adecuada y originalmente hacen falta esas mismas capacidades orientadas a la búsqueda y expresión -exteriorización- de una idea, un concepto, un proceso, una forma, una estructura, un fundamento nuevos. Si la búsqueda de la solución llega a buen puerto y se halla, dicho hallazgo constituye un cambio que denominamos creación, siempre que dicha solución sea nueva u original.

Desde un punto de vista extrínseco, sin embargo, el nivel o forma de creatividad se valora y se clasifica en función de los resultados, de su forma externa. Es decir, tanto la valoración social como económica y jurídica de la creatividad se infiere de su forma externa, de su manifestación en forma de creación –resultado- original perceptible por los sentidos. De lo anterior se siguen dos premisas fácticas de indudable trascendencia para cerciorarnos, a mayor abundamiento, sobre el carácter creativo del trabajo del actor: de un lado, que la creatividad emana del intelecto, de manera que podemos decir que la creatividad es intelectual, aunque se proyecte sobre objetos y fines diversos, o se externalice bajo formas o técnicas diferentes; y, de otro, que la creatividad lleva intrínseco el concepto o cualidad de originalidad.

Consecuentemente, trasladando tales premisas fundamentales y universales a nuestro supuesto de hecho, considerando el verdadero trabajo que el actor despliega en las distintas fases, cae por su peso que: 1º.- el actor crea un personaje nuevo y diferente al que consta descrito en otra obra literaria preexistente; 2º.- el propio actor externaliza y plasma ese personaje concebido ante un público o ante la cámara, valiéndose de sus propios recursos expresivos de carácter personalísimos (cuerpo, mente, imaginación, voz, gesto, movimiento, ritmo, expresividad y fisicidad, pausa, silencio, etc.), dando lugar en el segundo supuesto de actuación ante y/o para la cámara a una interpretación audiovisual, esto es, a un resultado creativo que se fija en un soporte, dispositivo, medio o sistema con capacidad para su reproducción y percepción por los sentidos. Que dicho resultado creativo así plasmado se denomine obra o interpretación audiovisual, siendo ambas entes singulares y objeto de protección por la propiedad intelectual, aun con denominaciones y niveles de protección diferenciados, en nada empece la susceptibilidad o idoneidad de ambos *corpus* o entes para ser objeto de derechos por razón de su originalidad.

Por tanto, si el fruto de la actividad artística de un actor queda fijado en un soporte, dispositivo, medio o sistema audiovisual y constituye una entidad jurídica que denominamos “interpretación

audiovisual”, ésta deberá reunir los mismos presupuestos exigidos a la actividad autoral en la creación de una obra, en cuanto paradigma de creador intelectual, y se hace merecedora *per se* de la protección especial que brinda la institución de la propiedad intelectual con independencia de la terminología empleada.

De hecho, tradicional y doctrinalmente las características o requisitos de protección inherentes a la actividad del autor, cuyo resultado es objeto de protección por la propiedad intelectual, se han sintetizado en las siguientes: creación original y creación exteriorizada.

El análisis por la doctrina jurídica del concepto de “originalidad” respecto del autor o su obra es prolijo y cuenta con posturas enfrentadas -incluso dentro de las diferentes y principales tesis esgrimidas adquiere matices-, cuyo tratamiento exhaustivo excede del propósito de este estudio. No obstante, es necesario aproximarse a las principales líneas o tesis conceptuales, incidiendo especialmente en sus efectos por extrapolación de las mismas a los artistas y a su interpretaciones fijadas. Y, siendo dos los elementos dicotómicos, dos han de ser los criterios delimitadores del requisito de la “originalidad”, a saber: a).- la *originalidad objetiva* determinada por el resultado y objeto de protección por la propiedad intelectual; y b).- la *originalidad subjetiva* a concretar por los elementos configuradores de esta naturaleza que se desprendan del sujeto activo o creador y de su actividad.

BAYLOS CORROZA<sup>157</sup> también pone de manifiesto que respecto del requisito de originalidad se enfrentan concepciones doctrinales diferentes. Para algunos, que la obra sea original quiere decir que presenta de algún modo novedad u “originalidad objetiva”, como suele llamarse. BAYLOS CORROZA se muestra contrario a esta última teoría, ya que a su juicio “la novedad es un concepto que no cumple ninguna función ni tiene ninguna cabida en el sector de la propiedad intelectual, al contrario de lo que sucede en la propiedad industrial (...). Que una obra literaria, artística o científica –o de los restantes subgrupos enumerados en el art. 10 de la Ley- posea ‘originalidad’ no quiere decir otra cosa sino que pertenezca efectivamente al autor; que sea obra suya y no copia de la obra de otro. Porque en la propiedad intelectual la creación no se contempla como ‘aportación’ del autor al acervo de las creaciones anteriormente existentes, de modo que venga a incrementarlo, mejorándolo; lo que explicaría el valor que en la obra habría de representar ‘ser nueva’. La creación intelectual no se protege porque venga a enriquecer el conjunto de creaciones de que dispone ya la sociedad; sino por ser una manifestación de la personalidad del autor”.

---

<sup>157</sup> BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial, óp. cit.*, págs. 533 y 534.

En apoyo de tal criterio, el propio BAYLOS CORROZA argumenta que tal es la significación compartida por la generalidad de la doctrina. Así recuerda como CLAUDE COLOMBET<sup>158</sup> distingue entre “novedad” y “originalidad”, y advierte que estos dos conceptos no deben confundirse. La novedad no es una condición necesaria para la protección jurídica, sólo tiene aplicación en el derecho de patentes. En opinión de HENRI DESBOIS, la protección jurídica exige que la obra sea “original” en sentido subjetivo, no en sentido objetivo, equivalente a novedad<sup>159</sup>.

La originalidad de las obras –nos dice ANTEQUERA PARRILLI<sup>160</sup>– “aparece expresamente mencionada en muchas leyes nacionales y apunta a su “individualidad” (y no la novedad *stricto sensu*, propia del ‘derecho invencional’), es decir, que el producto creativo, por su forma de expresión, debe tener características propias como para distinguirlo de cualquiera otro del mismo género, a diferencia de la copia, total o parcial, de la creación de otros (lo que tipificaría un plagio), sin una interpretación o sello personal; o de simple técnica, que sólo requiere de la habilidad manual en la ejecución”.

PÉREZ DE CASTRO, asimismo, advierte que existen diferentes clasificaciones a la hora de hablar del requisito de originalidad. “Puede decirse que hay una originalidad subjetiva en aquellos supuestos en que la ejecución pone de relieve la personalidad de los distintos autores. Se distingue entre la relativa y la absoluta sobre el criterio de que el primer tipo tiene la impronta de elementos formales de una obra anterior (éstos pueden ser de composición o de expresión), en tanto que en el segundo caso la creación no debe nada a una obra preexistente. Pero la noción de originalidad debe ser completada y atendida según el género de creación al que se haga referencia. A la vez, es preciso no hacer sinónimas las ideas de novedad y originalidad, porque, como se pone de relieve ya en algunas de las clasificaciones que existen respecto del aspecto al que se está aludiendo, caben obras originales relativas. (...) En conclusión, son cuestiones distintas la originalidad y la novedad, admitiéndose de forma clara que una creación, pese a no ser novedosa, cumple el requisito necesario para ser considerada como objeto de protección”<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> COLOMBET, Claude, *Propriété littéraire et artistique et droit voisins*, 8ª ed., Dalloz, París, 1997, págs. 27-31; y *Grandes principios del Derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, UNESCO/CINDOC, Madrid, 1997, págs. 13 y ss.

<sup>159</sup> Citado por BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho industrial*, *óp. cit.*, pág. 534.

<sup>160</sup> ANTEQUERA PARRILLI, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, *óp. cit.*, pág. 51.

<sup>161</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, , pág. 1218.

Al respecto VEGA VEGA<sup>162</sup> nos recuerda que no toda obra de la inteligencia es objeto de tutela. La misma debe resultar original o novedosa, y ha de tener carácter creador. Abundando en el criterio de la originalidad relativa, manifiesta que puede acontecer que la idea expuesta en una obra carezca del requisito de la novedad u originalidad absoluta y, sin embargo, puede ser tutelada. En este supuesto, como el elemento de la novedad puede ser mínimo, se requiere que tal carisma radique en la forma de exteriorizar el concepto que pudiera ya pertenecer al común de la sociedad o a alguna persona en particular (originalidad o novedad relativa). Por esta razón se tutelan las traducciones, adaptaciones o cualesquiera transformaciones en general, e incluso la aportación individualizada y personal del autor derivativo. En síntesis, argumenta VEGA VEGA que lo que la legislación protectora de la facultad en estudio quiere garantizar es la nota individual y particular (o sea, original) de una obra engendrada por un hombre o colectivo de hombres, habida cuenta que aquella es reflejo de la personalidad y del esfuerzo creador de seres humanos concretos, y la garantía jurídica descansa tanto en la necesidad contemporánea de remunerar en justicia ese trabajo personal como en la de estimular el desarrollo de tal labor.

VALBUENA GUTIÉRREZ<sup>163</sup> realiza una exposición de las distintas corrientes doctrinales y jurisprudenciales sobre el concepto de originalidad, que coadyuvan a ilustrar la complejidad de su tratamiento dogmático, ya advertida, y la ausencia de una corriente mayoritaria<sup>164</sup>, si bien a los efectos fijados, nos ha de servir como punto de partida para abordar este concepto en el ámbito específico de los artistas. Sintetizando la exposición de este autor, cabe distinguir dos teorías, siendo la primera de ellas la teoría subjetiva, en la que los distintos autores<sup>165</sup> configuran la originalidad como el “reflejo de la personalidad que cada autor, como consecuencia de no copiar creaciones preexistentes, plasma en sus obras”, es decir, se tiene como punto de referencia al sujeto de la creación, a su aportación individual o impronta personal, y ello con independencia de que el resultado alcanzado sea o no nuevo para la sociedad (novedad objetiva). La segunda teoría sería la de la novedad objetiva<sup>166</sup>, conforme a la que sus partidarios mantienen que la obra intelectual ha de aportar *novedad* para ser objeto de protección mediante derechos de autor.

---

<sup>162</sup> VEGA VEGA, José Antonio, *Protección de la Propiedad Intelectual*, Colección de propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2002, págs. 189-191.

<sup>163</sup> VALBUENA GUTIÉRREZ, José Antonio, *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Colección Estudios de Derecho Privado, dirigida por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Comares, Granada, 2000, págs. 279-325.

<sup>164</sup> No obstante, un importante sector doctrinal advierte de la incidencia sobre este concepto adquirida por la promulgación de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, y la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, habida cuenta que en la mismas el legislador comunitario configura la originalidad como “creación propia del autor”, acogiendo el criterio subjetivo. Tal sería la orientación seguida por nuestra ley, tras la aprobación de la correspondientes de leyes de trasposición de las mentadas directivas, incorporadas en el vigente TRLPI. Tal circunstancia, no obstante, tampoco parece clarificar el debate doctrinal, sino que sirve de sustento para argumentar que el concepto de originalidad habrá de ser analizado según los diferentes tipos de obras.

<sup>165</sup> Entre los partidarios de esta corriente, VALBUENA GUTIÉRREZ cita a BAYLOS CORROZA, ROGEL VIDE, VICENT CHULIA, COLOMBET, LIPSZYC y LUCAS.

<sup>166</sup> A favor de esta corriente se cita a PEÑA Y BERNALDO, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, COCA Y MUNAR, PIOLA-CASELI, GRECO y VERCELLONE.



Para VALBUENA GUTIÉRREZ, el criterio acogido por el art. 10 TRLPI “ha de ser interpretado en términos objetivos. Así, para que una obra del ingenio sea objeto de derechos de autor no es suficiente con el hecho de que no sea copia o plagio de otras precedentes (lo que equivale a la *creatividad*), sino que ha de constituir además un *quid novi* respecto de las mismas, entendido, sin embargo, en sentido amplio; es decir, por aportar algo distinto o diferente a lo ya existente”.

El requisito de originalidad ha sido tratado especialmente por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO a lo largo de sus estudios especializados en la materia, entre los más recientes al analizar las disposiciones de la Convención de Berna<sup>167</sup>, del que se considera oportuno destacar los siguientes argumentos: “La exigencia de originalidad de la obra puede entenderse de diversas maneras. Puede referirse a la novedad objetiva de la obra. Puede referirse también al origen personal de la obra, de manera que la misma constituya una expresión de la personalidad del autor. En esta concepción subjetiva de la originalidad la misma debería ser garantía de la singularidad de la obra, en la medida en que ésta recoja algún aspecto del espíritu o de la personalidad del autor. La originalidad de la obra derivaría de que sería singular por revelar la personalidad de su autor. Hay que reconocer que, superada la limitación del derecho de autor al mundo de las bellas artes, con la proliferación de las obras relacionadas con la ciencia y con la tecnología, y habiéndose rebajado sustancialmente la exigencia de altura creativa, muchas de las obras que hoy en día se reconocen como merecedoras de protección carecen de semejante cualidad. (...) Cada vez son proporcionalmente menos las obras en las que se percibe en algún grado la personalidad del autor. Lo que no obsta para que, por definición, puesto que las obras son el producto de un quehacer espiritual individual, las mismas sean una expresión de la persona que las concibe y realiza. Esta y otras razones (...) han llevado progresivamente, incluso partiendo de la concepción subjetiva de la originalidad, hacia el reconocimiento de que es preciso apreciar alguna diferencia como prueba de que no se ha copiado una obra ajena, y de que la singularidad de la obra debe reflejarse en alguna diferencia objetiva”<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Convenio de Berna*, *óp. cit.*, págs. 107-110.

<sup>168</sup> Argumenta, asimismo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO que una aplicación estricta del concepto subjetivo de la originalidad daría lugar a un sistema de protección inviable. Existiría un elevado grado de confusión e incertidumbre desde el momento en que habría que aceptar la posibilidad de proteger dos obras iguales, siempre y cuando se pudiese probar que no se había copiado la obra cuestionada, a pesar de su similitud o igualdad con otra obra preexistente. Prosigue sus consideraciones el citado autor, arguyendo que es preciso que la originalidad tenga una relevancia mínima, ya que no se protege, por no merecer la consideración de obra, lo que constituye copia de obras que formen parte del patrimonio común y estén en dominio público o de obras anteriores protegidas. La doctrina alemana habla de la exigencia de altura creativa (*Gestaltungshöhe*). Ese nivel mínimo en la singularidad o novedad de la obra será más o menos elevado según el tipo de obra, puesto que depende del mayor o menor grado de libertad creativa, es decir, de opciones de expresión, con las que cuente el autor –y así, cuando el margen de libertad sea pequeño lógicamente la exigencia de originalidad mínima será también pequeña. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Convenio de Berna*, *óp. cit.*, págs. 108-109.

Trae a colación el citado autor, en relación con este último extremo, a STROWEL y TRIAILLE, quienes rechazan que la originalidad implique novedad y terminan diciendo que “si se puede mantener el criterio subjetivo con respecto al requisito de existencia de derechos [de autor], a veces hay que recurrir a elementos objetivos a la hora de probar la originalidad”<sup>169</sup>. Explicando que el requisito de originalidad es de *geometría variable*, en función del tipo de obra artística, fáctica y funcional. Mientras que en las primeras la originalidad subjetiva sería aplicable, en cambio no sería así en los otros dos tipos de obras, caracterizadas por su finalidad informativa o funcional.

También en la doctrina patria RUIPÉREZ AZCÁRATE<sup>170</sup> considera la originalidad como un requisito *sine qua non* para que la creación intelectual sea “protegida como obra por el derecho de autor”, y, asimismo, acoge como premisas las dos perspectivas con que se ha entendido la originalidad –la objetiva y la subjetiva– en la doctrina, decantándose por la originalidad subjetiva con apoyo en el Derecho comparado europeo y comunitario, a cuya virtud concluye que: “Es original aquello que es singular, individual, propio del individuo que lo ha creado”. Y añade: “(...) Así, la originalidad a que se refiere la Ley traza la línea divisoria entre las ‘obras’ y las meras creaciones. Lo que se pretende con este requisito es evitar la protección de creaciones meramente rutinarias”.

De manera específica respecto a los artistas, admite BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO que aportan su propia personalidad a la obra que interpretan o ejecutan y, sin embargo, no se considera que esa originalidad subjetiva sea suficiente para reconocerles derecho de autor. A pesar de la huella personal que aportan a la obra, derivada de su técnica y sensibilidad artística, no existe originalidad suficiente. Y es que su actuación no genera una novedad objetiva suficiente con respecto a la obra preexistente. Sin embargo, nosotros no podemos compartir esta última opinión en relación precisamente con la originalidad de la actividad artística, que suponemos se refiere al artista en general, pues se apoya en una concepción –incluso y en parte compartida por nosotros antes de conocer el verdadero trabajo creativo del actor<sup>171</sup>– ampliamente superada según la cual el artista se limita a interpretar una obra preexistente y con su actividad da a conocer dicha obra y la divulga. Es decir, si la actividad artística queda vinculada de ese modo a una obra literaria preexistente de la que no es autor, claro que no se puede concluir que

---

<sup>169</sup> STROWEL, Alain y TRIAILLE, Jean Paul, *Le droit d’auteur, du logiciel au multimédia*, Kluwer-Bruylant, Diegem/Bruselas, 1997, págs. 10-12 y 18-19.

<sup>170</sup> RUIPÉREZ AZCÁRATE, Clara, *Las obras del espíritu y su originalidad*, Colección de Propiedad Intelectual, Ed. Reus, Madrid 2012, págs. 33-34.

<sup>171</sup> MARTÍN VILLAREJO, Abel, *Ámbito laboral e intelectual del actor. Transmisión y autorización de derechos intelectuales: las presunciones legales y las cláusulas contractuales*, Jornadas sobre Propiedad Intelectual, trabajo publicado por AISGE, Madrid, 1995, pág. 17.

sea autor de dicha obra, ello constituye una tautología filosófica. Porque la actividad del artista, la del actor, consiste precisamente en crear algo nuevo e inexorablemente personal. Nuevo porque él no incide sobre la obra preexistente ni pretenden atribuirse nada sobre ella, claro es, sino que dicha obra tan solo le sirve de pauta y de información previa para crear un nuevo personaje que ha de actuar y darle existencia concreta en la escena o ante la cámara, para integrar ese nuevo personaje en una nueva obra: la escénica o la audiovisual.

La jurisprudencia en nuestro país no ha sido concluyente<sup>172</sup>, y no contamos con antecedentes o resoluciones que se hayan ocupado de manera específica de la actividad de los artistas y su relación con el criterio de originalidad.

---

<sup>172</sup> En este sentido la STS de 28 de enero de 1995, a propósito del requisito de originalidad declara que “no procede confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino mas bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo en casos excepcionales, alcanza neta, puta y total invención, desnuda de toda aportación exterior”.

El Alto Tribunal parece decantarse por el criterio de originalidad o novedad objetiva, en la Sentencia núm. 542/2004 de 24 junio, en la que la Sala de lo Civil declara: “Según autorizada doctrina científica, el presupuesto primordial, para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador”.

Más recientemente, en la Sentencia Nº 214/2011 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 5 de abril de 2011, se incide de nuevo en el concepto de originalidad, como esfuerzo creador, aportación personal del autor, de modo que cabría sostener que se matiza el anterior criterio novedad objetiva, cuando declara: “El criterio expuesto es conforme a la noción de “creación original” del art. 10.1 de la LPI, que cabe entender como “originalidad creativa”, cuya interpretación, que resulta reforzada por la referencia de la Disposición adicional décima de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial, Ley 20/2003, de 7 de julio, “a grado de creatividad y de originalidad necesario” para ser protegido como obra artística, es la posición común de la doctrina, y, además, es especialmente relevante en materia fotográfica para distinguir las creaciones artísticas -obras fotográficas- de las meras fotografías.

Tampoco cabe sostener que la doctrina jurisprudencial que se cita en el recurso es contraria al criterio expuesto. En las Sentencias citadas, como también en la más reciente de 24 de junio de 2004 no mencionada, más allá de centrar la terminología en la originalidad, en absoluto se desconoce la necesidad de la creatividad, e incluso se resalta su relevancia. La Sentencia de 26 de octubre de 1992 hace referencia desde una perspectiva subjetiva a la exigencia de un “esfuerzo creativo” y que “se refleje la personalidad del autor”, y en el plano de la novedad objetiva a la trascendencia de la obra que, rechaza, en el caso que examina, por la forma de utilización de los motivos ornamentales -gran simplicidad y reducido tamaño-. Ciertamente que el examen se realiza con base en el concepto de “originalidad”, pero se pondera con la extensión de comprender la creatividad y relevancia de la novedad. Y lo mismo cabe decir, o con más razón todavía, de la Sentencia de 29 de marzo de 1996 que alude “al carácter artístico de la reproducción [en realidad representación] fotográfica, que los usos sociales y la ley sólo estiman concurrente cuando el fotógrafo incorpora a la obra el producto de su inteligencia, un hacer de carácter personalísimo que trasciende de la mera reproducción de la imagen de una persona bella...”, y que incluso se refiere más adelante, en texto no transcrito en el motivo, a la “labor de creación e ideación artística en el hacer del fotógrafo”. La creatividad supone la aportación de un esfuerzo intelectual, -talento, inteligencia, ingenio, inventiva, o personalidad que convierte a la fotografía en una creación artística o intelectual-. La singularidad no radica en el objeto fotográfico, ni siquiera en la mera corrección técnica, sino en la fotografía misma, en su dimensión creativa”.

La Sentencia nº 561/2012 de TS, Sala 1ª, de lo civil, 27 de septiembre de 2012, aborda específicamente el tratamiento de los diseños industriales, no obstante, resultan especialmente relevantes las consideraciones respecto a la exigencia acumulada de novedad y creatividad, que podría aproximarse a la posición doctrinal que se inclina por una interpretación objetiva relativa del concepto de originalidad. Procede, en consecuencia, reproducir los siguientes fundamentos: “En nuestro ordenamiento, el artículo 10.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, dispone que *[s]on objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: [...] e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas*, prescindiendo de la intención del creador y del destino de la obra, y sin exigir para las obras plásticas ningún requisito o mérito que singularice las ‘obras de arte aplicadas’ de las ‘obras de arte simple’ u ‘obras de arte puro’, lo que ha llevado a algún autor a sostener que nuestro ordenamiento se adscribe a los de acumulación total de protección de los derechos subjetivos de naturaleza intelectual e industrial -sin perjuicio de que su estatuto patrimonial sea inferior a tenor de los artículos 19.5 y 24.1 de la Ley de Propiedad Intelectual-, de tal forma que serían protegibles como propiedad intelectual los diseños que tengan un nivel de originalidad que les haga distinguibles de los anteriores, sin necesidad de altura artística, creatividad o individualidad configurativa.

Mas, centrando el debate en torno a la naturaleza de la actividad del intérprete, RIVERO HERNÁNDEZ<sup>173</sup> refiere la existencia de dos posiciones doctrinales y legales, las cuales giran en torno a la naturaleza creativa o no (y, en su caso, con qué alcance) de la actividad del intérprete. Diferenciando dos tesis fundamentales en esta materia: a) la que considera que el intérprete puede y debe ser calificado como verdadero autor (discutiéndose luego acerca de qué tipo de autoría); y b) la que sostiene que, no obstante, su importante contribución intelectual o artística, no es autor, y que su posición jurídica es próxima, semejante, pero no la de un verdadero autor: sus derechos son sólo “vecinos”, “afines” o “conexos”.

Dentro de la “tesis de la autoría”<sup>174</sup> alude a la teoría llamada de la “naturaleza autónoma”- advirtiendo que la misma apenas tuvo partidarios (entre otros LEHMANN), que sostenía que la actividad del intérprete es, en efecto, creativa e independiente respecto de la del autor. También recuerda RIVERO HERNÁNDEZ la “teoría de la elaboración tutelada”, que surge en Alemania, bajo la influencia de la Ley de 1910, para la que la autoría de los intérpretes sería derivada o de

---

Esta interpretación choca con lo afirmado en la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, en la que se afirma que “[e]l diseño industrial se concibe como un tipo de innovación formal referido a las características de apariencia del producto en sí o de su ornamentación. Ello no impide que el diseño original o especialmente creativo pueda acogerse además a la tutela que le brinda la propiedad intelectual, ya que ambas formas de protección son, como es sabido, independientes, acumulables y compatibles”. Y con lo previsto en la Disposición adicional décima de la propia Ley, al disponer que “[l]a protección que se reconoce en esta Ley al diseño industrial será independiente, acumulable y compatible con la que pueda derivarse de la propiedad intelectual cuando el diseño de que se trate presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual”. Forma que ha dado paso a una línea doctrinal que para la tutela del diseño por derecho de autor, a los requisitos de novedad y singularidad que para el registro exige el artículo 5 de la citada Ley 20/2003, de 7 de julio, añade la necesidad de que sea ‘original o especialmente creativo’ o tenga ‘el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística’.

Nuestra decisión debe partir de que las finalidades de las normas que tutelan derecho de autor y diseño son muy distintas. Como indica el artículo 1 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 de septiembre de 1886, el derecho de autor tiene por objeto *la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas*. También reconoce el preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual de 17 noviembre de 1987, al indicar que su finalidad es *otorgar el debido reconocimiento y protección de los derechos de quienes a través de las obras de creación contribuyen tan destacadamente a la formación y desarrollo de la cultura y de la ciencia para beneficio y disfrute de todos los ciudadanos*. Mientras que el bien jurídicamente protegido por la propiedad industrial de las innovaciones formales referidas a las características de apariencia de los productos en sí o de su ornamentación, según indica la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003 se inspiran en la idea de tutelar *ante todo, el valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial, prescindiendo de su nivel estético o artístico y de su originalidad*. (...) Está expresamente admitida por el Ordenamiento de la Unión Europea la posibilidad de exigir para la tutela del diseño por derecho de autor, además de la novedad y la singularidad, cierto grado de “originalidad”. Ello supuesto, el reconocimiento del haz de derechos característicos del derecho de autor -además de los referidos a la explotación de la obra, otros morales-, sin necesidad de registro, y durante el largo período de tiempo que fija la normativa de propiedad intelectual. Y alguno sin límite-, no puede proyectarse, sin más, a las formas nuevas -la novedad de creación estética a que se refieren las sentencias 1166/2001, de 4 de diciembre y 778/2010, de 24 de noviembre-, que aportan un valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial, pero carecen de cierto nivel de originalidad o/y creatividad dentro de la libertad relativa que impone su aplicación a un objeto. Se trata de requisitos necesarios para ser protegidas como obra artística, de tal forma que a la ‘novedad’ precisa para el modelo industrial se acumula la exigencia de un plus de creatividad”.

<sup>173</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Interpretación y autoría*, Reus, Madrid, 2003, págs. 94 y ss.

<sup>174</sup> Dentro de esta corriente se alude a los defensores que surgen en Francia de la calidad de autor del intérprete, a partir del caso Fürtwangler. Entre ellos BERTRAND, quien sostiene que el intérprete es, en realidad un autor en sentido pleno. BERTRAND, André, *Le droit d’auteur et les droit voisins*, Dalloz, París, 1991, págs. 34 y ss, y 708.

En nuestro país, RIVERO HERNÁNDEZ señala la posición excepcional de VEGA VEGA, que considera al intérprete como “autor derivativo”.

segunda mano, dependiente de la del autor original, que aproximaba la actividad del intérprete a la del traductor.

En segundo lugar, identifica la “tesis de la no autoría y de los derechos vecinos o conexos”<sup>175</sup>. Así nos dice que hoy prácticamente ningún jurista niega la inclusión de los intérpretes y ejecutantes en el ámbito jurídico de la propiedad intelectual, y su protección como muy próxima, al menos, a la de los autores. El trabajo de aquellos -argumenta RIVERO HERNÁNDEZ- es también intelectual o artístico, su interpretación o ejecución es igualmente expresión de la personalidad del artista<sup>176</sup>, la protección jurídica que merecen tiene notable paralelismo con la del autor (afecta a derechos morales y patrimoniales, con el carácter de derechos absolutos, *erga omnes*, y una transmisibilidad y duración semejantes); el objeto de la tutela es muy próximo: el resultado objetivado de una actividad intelectual o artística, que satisface necesidades espirituales, culturales de la sociedad. No obstante, constata este jurista que la mayoría de la doctrina concluye que la actividad interpretativa, del tipo que sea, no conduce a una verdadera creación de una obra en sentido jurídico (de la legislación de propiedad intelectual); ni siquiera, una obra derivada. Por ello, la protección que esa legislación especial les dispensa es distinta de la del autor y por el conducto de los derechos llamados vecinos, o conexos, afines.

Las anteriores teorías abordan la posible calificación de la originalidad de la actividad del artista siempre por comparación con la figura del autor, para determinar su relación de conexidad con la obra, e incluso, la posible consideración como autor del artista. Sin embargo, partiendo del reconocimiento generalizado, y prácticamente unánime, de esa aportación o creatividad específica inherente a la actividad del artista, en este trabajo se propone un análisis del criterio de la originalidad o examen de la actividad creativa, como presupuesto o requisito inherente al concepto de artista intérprete o ejecutante, admitida su diferenciación con el autor *stricto sensu*. Si se conceptúa a la interpretación audiovisual como una creación independiente de la obra en la que se integra -pues también puede no integrarse en dicha obra sino en una grabación y/o

---

<sup>175</sup> Entre los partidarios de esta tesis RIVERO HERNÁNDEZ se refiere a DESBOIS, EDELMAN y, en la doctrina española, a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, CABANILLES SÁNCHEZ y, con una posición semejante, ROGEL VIDE, PÉREZ DE CASTRO, BAYLOS CORROZA y SANCHEZ ARISTI.

<sup>176</sup> Autores como CABANILLAS SÁNCHEZ abundan en esta tesis al decir que “los derechos de los artistas, sean intérpretes o ejecutantes, son de naturaleza análoga a los de los autores; (...) no es mero tópico decir que los artistas intérpretes o ejecutantes hacen una verdadera creación. (...) A nuestro juicio, son totalmente convincentes los argumentos esgrimidos para propugnar una protección específica de los artistas intérpretes y ejecutantes (...) en el ámbito de la propiedad intelectual, porque ellos hacen una verdadera creación intelectual con sus interpretaciones, producto de la propia personalidad”. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 1534. Mantiene BAYLOS CORROZA que “en la labor del intérprete o del ejecutante los elementos físicos que encarnan su actividad están constituidos por pertenencias, cualidades, elementos de su propia personalidad. El actor no solo pronuncia palabras ajenas, sino que -al hacerlo- ofrece, a la percepción aprehensora de la obra, su voz, su gesto, su actividad, su ademán, que son ya atributos suyos (...). Por eso se dice del gran actor que ha realizado una creación, al interpretar la obra (...)”. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*, *óp. cit.*, págs. 647-648.

constituir una creación audiovisual autónoma- el examen de originalidad de la misma se ha de hacer con independencia de la obra o soporte en el que queda fijada y también -y en esto consiste la novedad de enfoque que proponemos- de manera separada e independiente de la obra literaria preexistente de la que tampoco forma parte, por razones obvias. También debemos considerar en exclusiva la actividad artística del actor y no de otros artistas, pues desde la perspectiva de la originalidad la del actor es mucho más clara aún que la del resto de artistas, en tanto que la doctrina suele hablar e incluir en el mismo supuesto a todas las tipologías de artistas intérpretes o ejecutantes.

Formulada la anterior aclaración sustancial, como punto de partida podemos tomar la corriente doctrinal que considera que el artista, efectivamente, no es autor en sentido tradicional y dogmático sino titular de derechos conexos, vecinos u otros derechos de propiedad intelectual - aunque la denominación no nos satisfaga por el ingrediente peyorativo que comporta-, ya que el artista es un creador pero no de la obra en su conjunto sino de su interpretación o prestación artística y es en estos contornos -los de su interpretación o ejecución- en los que reside el fundamento de su reconocimiento como legítimo titular de derechos intelectuales.

Desde este planteamiento, se sostiene que el carácter original de la interpretación o ejecución artística no es equivalente al concepto de novedad, es decir, no es preciso que se trate de una creación nueva. Por ejemplo, dos artistas podrán interpretar un mismo papel o personaje sin que exista identidad entre ambas interpretaciones. Cada una de ellas será “original” en cuanto el artista aporta su propia personalidad, dotando al personaje de matices y caracteres propios, que invisten de individualidad sustantiva a la interpretación.

Las tesis negacionistas de la originalidad de la interpretación o actuación artística solo pueden apoyarse en deficiencias conceptuales y fácticas tales como las que apuntamos: a).- una es el desconocimiento del trabajo creativo del artista, en nuestro caso del actor, de cuyo estudio se infiere sin esfuerzo que su actividad no forma parte de la obra literaria preexistente sino de otra nueva y audiovisual a la que aporta un nuevo personaje; b).- se siga una u otra orientación dogmática de las descritas más arriba, todas ellas conducen inexorablemente a la consideración *per se*, tanto o más que respecto de cualquier creador calificado de autor, del carácter creativo de la actividad artística, por cuanto que el artista -más que el autor- no solo aporta su personalidad, sus ideas, su forma de ver las cosas, sino que las plasma con los recursos expresivos de su personalidad: cuerpo, voz, gesto, movimiento, imagen, pausa, silencio, etc.; c).- incluso sin llegar a crear un resultado susceptible de ser fijado en un *corpus mechanicum* como sucede en

una representación escénica, desde Grecia hasta nuestros días no hay ningún dramaturgo de peso ni director de escena que niegue el carácter creativo del actor y que el personaje escénico, efectivamente, sea fruto de la capacidad creativa del mismo, aun partiendo de las pautas del personaje literario; y d).- tal vez el principal error en el que incurre esa corriente negacionista sea abordar la originalidad de la interpretación artística con la idea de negar al actor o al artista en general su condición de autor de la obra que, por cierto, hasta ahora nadie ha reivindicado, sino tan solo su autoría o titularidad originaria respecto de su interpretación fijada.

De cuanto antecede, se infiere que la intención del legislador no es proteger a todo aquél que realice cualquier tipo de prestación habitual en el sector artístico<sup>177</sup>. Para gozar de la protección que dispensa nuestra ley es necesario que el artista, con su interpretación, realice una creación intelectual. Es decir, una creación dotada de originalidad (en cuanto se trate de una aportación personalísima, producto de la propia personalidad, dotada de una impronta personal, que la hace distinta de cualquier otra interpretación) y exteriorizada (a través de su expresión personal, con sus gestos, tonos, silencios, etc.). Amén de fijada en un soporte, dispositivo, medio o sistema que permita su reproducción y percepción.

Aún admitiendo las tesis que defienden que el concepto de originalidad en su concepción subjetiva ha de matizarse o modularse con algún criterio de originalidad objetiva, es igualmente predicable su concurrencia –o exigencia- respecto a la actividad artística. Tanto en sentido subjetivo como objetivo la actividad del actor que realiza una interpretación audiovisual es eminentemente original. Basta con saber que el personaje que actúa o interpreta es diferente al descrito en el guión, y basta con conocer que el resultado de la externalización siempre será necesariamente diferente al aportar cada actor unos elementos interpretativos forzosamente personalísimos y únicos. Por tanto, la necesidad de ese examen de originalidad (subjetiva u objetiva relativa), no es argumento suficiente, para concluir que en tal caso la mayor parte de las interpretaciones o ejecuciones quedarían desprovistas o al margen de la protección que dispensa la propiedad intelectual. Antes al contrario, se observa de todo punto imposible que una actuación artística no sea original en ambos sentidos (objetivo y subjetivo), por más que en algún supuesto excepcional un artista imite a otro no deja ser original y personalísima su interpretación.

Cuestión diferente es que para delimitar un concepto de originalidad aplicable a la interpretación artística, más concretamente a la audiovisual objeto de nuestro estudio, debamos marcar un

---

<sup>177</sup> Coloquialmente, e incluso en el ámbito laboral, son calificados como artistas diversos y variados grupos profesionales. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a toreros, presentadores, artistas de variedades, malabaristas, etc. En puridad, entendemos que ni el art. 105 TRLPI, ni su antecedente el art. 3.a) de la Convención de Roma, comprenden a todos estos grupos artísticos.

mínimo de creatividad para excluir supuestos que, aun concurriendo los elementos subjetivos carecen de ese mínimo de originalidad objetiva que amerite su protección. Conviene observar, por tanto, que, como en cualquier otra modalidad de creación artística o intelectual, habrá supuestos muy dudosos que deberán resolverse según las circunstancias concurrentes y el grado de originalidad exigible (de nivel mínimo, por las razones expuestas) en cada caso, tomando para ello como referente válido de comparación aquellas otras actividades cuya protección en este ámbito sea incuestionable o al menos no suscite dudas. No hay reglas generales para los supuestos especiales, sino criterios o presupuestos facilitados por la norma y casuística donde aplicar tales criterios, y a ellos habrá que acudir para enjuiciar los casos dudosos. Lo que sí podemos establecer es una regla o criterio de protección general en relación con las interpretaciones audiovisuales prototípicas, esto es, las comprendidas en la definición que se ha ofrecido *ut supra*, que se corresponden con las típicamente protagonizadas por un actor o artista que actúa en tal condición, considerando su originalidad y singularidad intrínseca, desde el momento que volitivamente actúa para y/o ante la cámara, partiendo de una obra literaria preexistente o de una improvisación, tras concebir un nuevo personaje audiovisual, necesariamente singular por dotarlo de elementos personalísimos, al que actúa y le presta su imagen, cuerpo, voz, gestos y demás recursos para que cobre vida concreta y quede registrado o fijado en un soporte, dispositivo, medio o sistema audiovisual que permita su reproducción y percepción.

La recta aplicación de este criterio ha de permitir aproximar la aplicación práctica de un concepto legal extraordinariamente amplio, cohonestándolo con el propio fundamento de la protección de esta categoría de titulares y de creaciones, permitiendo, por tanto, excluir aquellas otras actividades que, conforme a los antecedentes legales y doctrinales expuestos, si bien pudieran acomodarse a los presupuestos de carácter subjetivo (es decir, realizadas por una persona física), de actividad (cantar, leer, representar, etc.) y de objeto (obra preexistente o improvisada), no se entienden comprendidos en este concepto (*v.gr.*, quien se limita a leer un texto ante la cámara –tal y como hace un presentador de noticias–; comparsas o figurantes, etc.).

Criterios similares se deberían seguir, a mayor abundamiento, para valorar el grado de originalidad, *v.gr.*, de un escritor que escribe una noticia o el guión de noticiero de televisión. Escritor es en esos supuestos, pero carece del grado de originalidad objetiva para reconocerle derechos de propiedad intelectual por ese resultado. Obsérvese, además, que el proceso creativo es similar en todas las manifestaciones artísticas. Tanto el actor, como el escritor de una novela o de un guión o como un pintor, primero piensan en imágenes (imaginación) y generan las ideas



que luego intentan plasmar bajo determinada forma externa: con letras y palabras, colores y trazos, con gestos, movimientos y pronunciando palabras en determinada forma, tono, ritmo y pausas, etc. Todo arte es imitación (mímesis) ficticia de la realidad que nuestra mente capta a través de los sentidos, para imaginarla en una determinada forma que luego externaliza y plasma.

El proceso creativo de un personaje audiovisual responde al mismo proceso -pero a una mayor complejidad- que la de escribir y desarrollar una idea, un argumento o un personaje literario, porque el actor, cuando interpreta la obra literaria lo hace como actividad previa a su actuación, esto es, lo hace para componer -junto con otros elementos- el personaje escénico o audiovisual. Es decir, lo que el actor interpreta cuando actúa no es la obra preexistente, sino el personaje creado posteriormente, con base al descrito en dicha obra pero diferente necesariamente al mismo, pues le incorpora siempre elementos nuevos y singulares. Porque el personaje descrito en la obra literaria nos lo podemos imaginar -interpretar- todos los lectores de la misma -incluido el director realizador y de fotografía- y de manera diferente, pero como los meros lectores no tenemos la responsabilidad de dotarle de vida, de concretarlo y actuarlo, sino que la imagen que nos representamos del mismo queda en nuestra mente, no se externaliza ni le dotamos de vida para los demás. Esa labor es la que realiza precisamente el actor, que también lo lee previamente y se lo imagina, pero luego él lo tiene que singularizar y dotarlo de vida, es decir, primero interpreta el guión y construye o crea en su mente -idealiza o imagina- el nuevo personaje que luego lo ha de actuar<sup>178</sup>.

Hemos de dar por superadas todas esas posiciones dogmáticas que tratan de buscar la originalidad de la actuación actoral por su relación o paralelismo con la obra literaria preexistente y con su autor. Tales parámetros se han quedado obsoletos incluso para reconducir las nuevas modalidades de obras y de autorías. Pero lo que no cabe de ninguna de las maneras es pretender utilizarlos para resolver la originalidad y los requisitos de protección de una creación que ni se califica jurídica ni dogmáticamente de obra ni a su creador de autor, y, sin embargo, presentan contornos y elementos que por sí solos determinan su novedad y su originalidad de manera inexorable.

---

<sup>178</sup> También el guionista idealizó e imaginó el personaje literario que describe y los plasmó mediante letras, signos y palabras, y por esa razón, porque no solo lo pensó sino que lo externalizó es por lo que se le considera su autor y se le protege por la propiedad intelectual. Y también el director-realizador o de fotografía de una película interpretan el guión y luego lo plasma a su manera, según sus criterios -incluso nuevos y diferentes a los sugeridos por el guión- y a través de técnicas y recursos expresivos diferentes a los utilizados por el guionista. Por tanto, es uno de los principales errores en que incurre la dogmática negacionista radica, en nuestro caso, en el desconocimiento del proceso creativo de una obra y de una interpretación audiovisual. Y es por ello que nos remitimos al Capítulo III de este estudio, pues en él se describen las cuestiones fácticas más relevantes e imprescindibles para poder ajustar las consideraciones jurídicas al verdadero supuesto de hecho.

Hemos de recordar, asimismo, que tanto el autor respecto de la totalidad de la obra como el actor respecto de su interpretación proyectan su personalidad, con la diferencia de que el actor lo hace, además, mediante recursos expresivos de carácter personalísimo, lo cual obliga a considerar a su actuación -además de original en sentido objetivo, al constituir un resultado nuevo y diferente al previsto en la obra literaria- siempre original en sentido subjetivo, de manera que si la misma reúne el resto de requisitos -fijación, etc.- será acreedora por derecho a la protección que le brinda la propiedad intelectual, sin lugar a dudas, y, de hecho, así sucede en el TRLPI.

En definitiva y por lo que al examen de originalidad de una interpretación audiovisual se refiere, podemos sentar las siguientes conclusiones: 1ª.- que la actividad artística que desarrolla un actor para crear una interpretación audiovisual es inexorablemente original, tanto en sentido objetivo como, sobre todo, en su perspectiva subjetiva; 2ª.- en sentido objetivo porque constituye un resultado creativo completamente diferente, autónomo y único al planteado -sólo potencialmente- en la obra literaria preexistente, con la que no guarda ya relación sino con otra obra también nueva -que partió asimismo de las previsiones de la literaria- cual es la audiovisual, o con ninguna otra cuando la interpretación audiovisual se constituye en una creación u obra autónoma o se fija en una grabación audiovisual; 3ª.- en sentido subjetivo, porque, a diferencia del proceso creador de cualquier otro autor, el proceso de externalización del personaje audiovisual ideado por el actor sólo cabe hacerse a través de recursos personalísimos -voz, gesto, cuerpo, movimiento, silencio, pausa y mirada- pertenecientes a la personalidad del actor y no por intermediación de instrumentos o artificios, de manera que el actor no sólo imprime su impronta personal a su actuación fijada sino que le presta sus atributos personalísimos, lo que hace imposible el plagio o la estandarización de su proceso de plasmación formal de su personaje; 4ª.- finalmente, la claridad de esos criterios conclusivos y la definición de la interpretación audiovisual prototípica -la que realiza un actor actuando un personaje previamente creado por él- se erigen como criterio para determinar qué actividades artísticas carecerán de la suficiente originalidad como para quedar excluidas del ámbito de la propiedad intelectual, constituyendo éstas, *de facto*, la excepción frente a la regla general de concurrencia del requisito de originalidad en la inmensa mayoría de interpretaciones audiovisuales.

### **8.2.3.- Las diferentes formas de “interpretación” como elemento clarificador para la protección de las interpretaciones audiovisuales.**

El legislador y una parte clásica de la dogmática jurídica autoralista, normalmente vinculan la actividad artística de que se trate a una obra preexistente, que es el objeto de la interpretación,

según los mismos. La cuestión clave para ese sector es determinar qué modalidades, tipos o categorías de obras son susceptibles de ser interpretadas o ejecutadas, para determinar si una interpretación es susceptible de amparo por la propiedad intelectual o no. Dicha concepción, de la que muchos otros partimos en su día por desconocimiento de la verdadera actividad creativa del actor, es la que niega como principio la originalidad de la interpretación audiovisual o, al menos de modo genérico, la originalidad de la interpretación artística. Por tanto, a nuestro entender y ahora con un conocimiento más exacto del trabajo creativo del actor, la errónea vinculación de su interpretación a la obra preexistente y la consideración genérica de todas las actividades artísticas han dado resultados erráticos, para cuya reorientación, además de estudiar el proceso creativo del actor –que modestamente exponemos en el siguiente Capítulo III-, se hace necesario aclarar la actividad artística que nuestro art. 105 TRLPI refiere como “interpretar” e incluso “interpretar o ejecutar en cualquier forma una obra”.

Así y a los efectos que aquí interesan, el verbo “interpretar”, que no define la norma, puede ser entendido en dos formas:

- a).- *Interpretación hermenéutica*, que, como es sabido, significa interpretar textos para extraer su sentido, significado y contenido.
- b).- *Interpretación o actuación artístico-actoral*, esto es, interpretación como sinónimo de actuación de un personaje, que es la actividad que desarrolla el actor ante y/o para la cámara o frente a un público en el teatro.

La norma claro es, no explicita por cuál de los dos sentidos se decanta, pero, sin forzar, podemos decir que la segunda acepción es la que se corresponde con la fase de externalización de la creación actoral –del personaje- y la primera con la de preparación o construcción de dicho personaje. Ambas son actividades propias del actor, pero la primera es común a cualquier otro lector que, con fines diversos, analice el contenido de la obra literaria preexistente –desde un mero lector al director-realizador, etc. Recordemos someramente cómo las tres fases de creación universales se corresponden exactamente con las tres fases de la creación actoral: a) *fase de preparación o estudio*, en la que se incardinan la lectura y el estudio del texto de la obra preexistentes (*interpretación hermenéutica*) para entender su sentido y contenido; b) *fase de construcción o creación del personaje audiovisual*, en la que, partiendo del estudio de texto<sup>179</sup>, el

---

<sup>179</sup> En ocasiones inexistente, cual ocurre en el caso de una improvisación, una pantomima, etc. En parte, tal sucedía en la época originaria del cine, que era cine mudo y en dicho contexto se forjaron personajes emblemáticos como el de “Charlot” de Charles Chaplin.

actor configura con esos elementos y con otros propios un nuevo personaje audiovisual – inexorablemente diferente al literario- que va a ser objeto de externalización mediante la actuación y de fijación; c) *fase de actuación o interpretación del personaje audiovisual* ante y/o para la cámara con el propósito de que quede fijado en una determinada forma.

Por tanto, constituye una premisa fundamental y, a la vez una conclusión, el hecho de que el actor en particular no interpreta el personaje de la obra literaria preexistente en el momento de su actuación, sino el personaje audiovisual que él ha idealizado y configurado en su mente y que le da forma específica externa mediante la actuación que, además, ha de modular para que sea captada en la forma que técnicamente se precise –lo cual le aleja más si cabe del personaje literario. No es el personaje literario el que queda fijado en un soporte, dispositivo, medio o sistema audiovisual, sino el personaje audiovisual, que integra la interpretación audiovisual y ésta, a su vez, puede integrar una obra audiovisual o no.

Por tanto, y como se verá con mayor detalle en el siguiente capítulo, o se considera que constituye en sí misma una obra -que lo es sin lugar a dudas por reunir cuando menos todos los requisitos legales con creces-, y, por tanto, igual que la obra audiovisual adquiere entidad propia respecto del guión y otros elementos preexistentes o coetáneos; o se ha de considerar, al menos, una creación original e independiente de sus elementos preexistentes, cual sucede respecto de cualquier creación del espíritu que siempre parte -o toma como referencia- de una concepción de la realidad, un pensamiento, una idea, etc., que no tienen por qué ser propios del autor. El árbol no ha sido creado por el pintor, pero el cuadro que de él pinta sí. La realidad que describe, ficticia o no, el escritor tampoco ha sido creada por él, pero la forma de describirla y las idealizaciones que transmite sí.

Consecuentemente, la calificación de obra o no de la interpretación audiovisual sólo tiene sentido si nos empeñamos en buscar similitudes o explicaciones a su naturaleza intelectual, pero, salvo que se opte por ensanchar la concepción tradicional de la “obra”, nada impide que la interpretación audiovisual alcance también esa categorización. Es decir, lo importante no es la calificación dogmático-jurídica que se le quiera otorgar, sino evitar establecer vinculaciones y relaciones jerárquicas entre la interpretación audiovisual y la obra literaria preexistente, como tampoco se establecen entre esta obra y la resultante audiovisual.

Así enmarcadas las cosas en su justeza real, es mejor hablar de relaciones entre la interpretación u obra audiovisual y la obra literaria preexistente que en vinculaciones. Lo primero nos aporta claridad en el análisis y unas vías de resolución de problemas, lo segundo tan solo confusión e irresolución de los problemas planteados. Porque, además de lo expuesto, hay que recordar también que no sólo es obra interpretable la dramática, literaria o lírica, la partitura musical, etc. La expresión artística ha evolucionado de tal manera que tanto las formas interpretativas como los objetos interpretados han roto los moldes del siglo XIX, siendo ésta la centuria determinante para el nacimiento del derecho de autor en sentido estricto. Por tanto, si admitimos un concepto amplio de obra probablemente estemos muy cerca de hallar otra premisa, aunque no sea de un modo exacto o absoluto, circunstancia ésta muy natural en el ámbito jurídico. Es decir: la actividad (interpretación) artística toma como referencia o se basa normalmente en una obra, sin perjuicio de que existan interpretaciones, como sucede en todas las que son improvisadas, en las que no media obra preexistente, pero en ninguno de los casos la interpretación queda vinculada a la obra preexistente sino que constituye otra nueva y, por ende, protegible de manera independiente por la propiedad intelectual.

Por tanto, una cosa es que la actividad artística en la mayor parte de los casos tenga como referente una obra, y otra bien distinta es que para que una interpretación o ejecución artística sea protegida deba formar parte de una obra en sentido estricto o interpretarla. La interpretación artística, si cumple los requisitos básicos para su protección (originalidad, exteriorización, etc.) en cuanto creación intelectual, forme parte o no de una obra, interprete o no una obra preexistente, será merecedora de protección, e incluso constituirá una obra o creación en sí misma.

Por consiguiente, podemos sentar que el actor desarrolla dos formas de interpretación: una común y propia de quien lee o estudia un texto, pues en efecto el actor interpreta –lee y estudia– en sentido hermenéutico una obra literaria -texto- con carácter previo a su etapa creativa y lo hace para extraer el contenido y sentido de dicha obra, de su personaje literario; y otra, no ya hermenéutica, sino como sinónimo de actuación y externalización de un nuevo personaje escénico o audiovisual que ha concebido en la segunda fase (en su mente) para ser objeto de actuación o interpretación artística en la tercera y definitiva fase creativa del actor, en la que representar físicamente el personaje que había creado mentalmente en imágenes a través de su imaginación.

Consecuentemente, ahora sí podemos sentar una conclusión clarificadora de gran calado: el objeto de la actuación o de la interpretación artístico-actoral no es la obra literaria –texto– preexistente sino el personaje concebido en la mente del actor, ya distinto del concebido por la mente del escritor. Entendida y aclarada así la realidad que se corresponde con el auténtico trabajo creativo del actor y su fases, cabe concluir que todo proceso de concepción y plasmación de la nueva obra escénica o audiovisual se hace en relación a una obra literaria preexistente, pero que el actor aunque pronuncie o declame las palabras de los parlamentos contenidos en dicha obra literaria no la está interpretando, pues cuando el actor se halla en esa fase de actuación lo que está haciendo es externalizar un personaje audiovisual y colaborar en la creación de otra obra nueva: la audiovisual.

Solo entendiendo así las cosas y vinculando los conceptos exactos con la auténtica actividad creativa del actor podremos evitar incurrir en el ocioso ejercicio de clasificar obras susceptibles de ser interpretadas y otras que no.

Sin perjuicio de lo anterior, llegados a este punto, resulta oportuno constatar que de forma unánime la doctrina, ante la dificultad de diferenciar con nitidez los distintos géneros de obras, concluye que lo importante no es la pertenencia a una u otra categoría o género de los enunciados en los arts. 10 y siguientes del TRLPI. Lo realmente relevante es que las mismas satisfagan los presupuestos que han de concurrir para que podemos hablar de “obra”, como objeto de propiedad intelectual, a saber: “una creación intelectual original, expresada en cualquier modo y exteriorizada”.

### **8.3.- Un referente del ensanchamiento del concepto obra: el “formato de programa televisivo”.**

En relación con las obras televisivas, manifiesta ANTEQUERA PARILLI<sup>180</sup> que “un programa de televisión” no es en sí mismo una obra protegida por el derecho de autor. Lo es, y lo califica como “obra audiovisual”, si tiene originalidad. Así, “cuando alguna ley menciona entre las obras protegidas a los “programas de radio y televisión” confunde lo que es “obra” con lo que es el medio que se utiliza para transmitirla o comunicarla al público (...) En fin, un programa de televisión es una obra en cuanto esté revestido de elementos propios de la individualidad”. A este respecto cumple advertir que, en efecto, las nuevas producciones surgidas en el sector

---

<sup>180</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de derecho de autor*, óp.cit. págs. 74-75.

audiovisual<sup>181</sup>, fundamentalmente en el medio televisivo, hacen que los contornos o límites del concepto de la obra audiovisual se desdibujen, sin que se pueda afirmar con rotundidad, que cualquier producción televisiva es una obra audiovisual. Ni tan siquiera respecto a una misma especie o subtipo (con la única excepción de las películas o series de televisión) es posible concluir que ha de ser considerada, sin excepción, como obra o como mera grabación audiovisual.

Surge así el debate sobre la protección dentro del género audiovisual de los denominados “formatos” televisivos. Para esclarecer este extremo, se traen a colación las consideraciones de CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ<sup>182</sup>, que, al examinar la problemática del plagio de los formatos de programas de televisión, analiza la calificación jurídica de los programas televisivos y su consideración como obras audiovisuales, extremo que sí resulta de especial relevancia a los efectos que aquí interesan. Así, el referido autor, en las consideraciones previas de su trabajo, aclara que el plagio “se produce de ordinario con respecto a la obra audiovisual en que el programa de televisión consiste, del cual el formato no es más que su esqueleto, uno de sus elementos”. En cuanto a la categoría de los “programas de televisión” el citado autor explica que con dicho término “se refiere a los programas de variedades, entretenimiento, juegos o concursos, debates o si se prefiere la terminología anglosajona más propia del medio audiovisual, los *game show*, *talk show* o *quiz show*”. Así considerados, los formatos televisivos, en cualquiera de sus modalidades, son aquéllos que constituyen una “referencia general, pauta o manual de instrucciones para la producción de cierto género de obra audiovisual: aquélla que se articula en programas de televisión de emisión periódica a partir de una estructura narrativa común o de elementos escénicos que se repiten en todos ellos aunque el contenido final de cada episodio pueda ser distinto”.

---

<sup>181</sup> Las empresas de medición de audiencias suelen categorizar la obras televisivas en distintos subtipos, v.gr., entretenimiento (magazines, *talk shows*, concursos, telerrealidad, musicales, y entretenimiento y humor); ficción (películas y series); informativos (noticias, documentales y divulgativos); o deportes. Al margen de la ley de propiedad intelectual, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en su art. 2, diferencia las obras cinematográficas de las televisivas y alude a los diversos tipos que estarían comprendidos en estas últimas. Como categorías televisivas, esta Ley se refiere a los “programas audiovisuales” (conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario dentro del horario de programación de un canal o de un catálogo de programas. En todo caso son programas de televisión: los largometrajes, las manifestaciones deportivas, las series, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales, así como las retransmisiones en directo de eventos, culturales o de cualquier otro tipo; la definición de estos es tan amplia que cabría argumentar que se equipara a la grabación audiovisual televisiva); la “película para televisión”; “miniseries de televisión” y las “series de televisión”. A su vez, se definen conceptos inherentes a las que se denominan obras publicitarias, en este caso, propias del ámbito televisivo bajo la denominación de “comunicación comercial audiovisual” (las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes o sonidos acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una contraprestación a favor del prestador del servicio). En todo caso se califican como formas de comunicación comercial audiovisual: el mensaje publicitario televisivo o radiofónico, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto.

<sup>182</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio, *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual*, coord. por Rogel Vide, Carlos, Reus, Madrid, 2001, págs. 180-184.

Con todo, puntualiza CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ que, desde el punto de vista legal, el formato se refiere a las obras audiovisuales de carácter argumental, y no simples “grabaciones audiovisuales”, esto es, programas que se apoyan en la mera captación de eventos, como las retransmisiones deportivas.

La cuestión relativa a los formatos de televisión como obras protegidas por la propiedad intelectual ha sido objeto de especial análisis por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª), en su Sentencia núm. 588/2014, de 22 octubre, en la que se comparte la definición facilitada por la doctrina y se aborda el tratamiento específico de su originalidad<sup>183</sup>. Considera el Alto Tribunal que al autor del argumento, del guión de la obra audiovisual o del formato televisivo, le sirve de muy poco estar protegido frente a la reproducción, comunicación, publicación o distribución no consentida del texto, formas normales de explotación del soporte expresivo en que consiste la obra previstas en los arts. 17 y siguientes TRLPI, pues no es así como de ordinario se violará su derecho. Lo que interesa al autor de este tipo de obras es la protección frente a lo que pudiéramos calificar como aplicación o ejecución del contenido de su obra, frente a la explotación, a la integración de dicho contenido en la actividad económica de un tercero, en el proceso de producción y oferta de bienes o servicios sin su consentimiento.

Ahora bien, nos advierte el Tribunal Supremo que no cualquier formato televisivo puede ser considerado una obra protegida por la propiedad intelectual. La protección de los argumentos de obras audiovisuales presenta similares problemas: con qué características y a partir de qué grado de formulación expresiva, en cuanto a concreción, complejidad, etc., deja de ser un hecho ajeno

---

<sup>183</sup> Razona en dicha sentencia el TS acerca de la “originalidad” en los siguientes términos: “Aplicado a los programas de televisión, formato, según la mejor doctrina, es el conjunto de elementos técnicos e intelectuales destinados a la realización de un programa de televisión de emisión periódica con una estructura narrativa, unos personajes y unos elementos escénicos comunes para todas las emisiones, normalmente expresados en un documento”. A juicio del TS resulta entonces significativo que el art. 10.1.f) TRLPI considere como obras protegidas por la propiedad intelectual los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería, y que el art. 87.2 TRLPI reconozca la condición de autores de la obra audiovisual, en los términos del art. 7 (obras en colaboración), a los autores del argumento y los del guión o los diálogos. Estas obras presentan elementos comunes con los formatos televisivos, en tanto no están dotadas de la expresión formal definitiva de la arquitectura o ingeniería (caso de los planos, proyectos, maquetas y diseños) o de las obras audiovisuales (caso de los argumentos, los guiones y los formatos televisivos). Es su contenido (las ideas, indicaciones, características técnicas, etc.) en ellas plasmadas, lo que, al ser ejecutado o actuado, dará lugar a ese tipo de obras de arquitectura o ingeniería, en un caso, y audiovisuales, en el otro. Se trata, dice el TS, de obras en las que, al contrario de lo que ocurre con la mayoría de las protegidas por la propiedad intelectual, la forma de la expresión es muy secundaria respecto del contenido expresado. El contenido se impone como factor necesario, siendo el margen para la recreación formal del mismo escaso y de importancia muy secundaria, pues en ellas la originalidad opera directamente sobre el contenido.

Lo expuesto no contradice la regulación de la protección conferida por la propiedad intelectual, puesto que la contraposición entre la “forma de expresión” que constituiría el continente (en principio, lo protegido por la propiedad intelectual) y las “ideas” que constituirían el contenido (que suele afirmarse se halla exento de protección) no puede establecerse por igual en todas las categorías de obras. La afirmación de que sólo la forma de una obra y no su contenido es objeto de protección por la propiedad intelectual ha de ser matizada. Concluye el Alto Tribunal que es necesario relativizar la dicotomía forma/contenido, en la que la forma estaría protegida por la propiedad intelectual, mientras que el contenido carecería de tal protección, puesto que en este tipo de obras (planos, proyectos, maquetas, diseños, y argumentos, guiones y formatos televisivos) es el contenido lo que se protege por encima de la forma en que está expresado”.



a la propiedad intelectual o sólo una idea general no protegible por la propiedad intelectual y se convierte en un ‘argumento’ de una obra audiovisual o en un ‘formato’ televisivo. Para considerar protegido un formato, concluye el TS, es necesario que se produzca el salto cualitativo entre lo que son meras concepciones generales y lo que es la plasmación de las mismas, de un modo pormenorizado y formalmente estructurado, dando lugar a una creación de cierta complejidad, mediante una actividad creativa, sin que sea necesario que tenga la complejidad y pormenorización del guión, que describe las escenas con mayor detalle pues contiene “palabras que se transforman en imágenes”.

Respecto a la problemática suscitada en torno a los “formatos televisivos”, asimismo, manifiesta ANTEQUERA PARILLI que “no hay dudas en que numerosos programas televisivos que se basan en formatos muy elementales, si se quiere banales y carentes de toda originalidad, como los “*talk shows*”, los concursos de artistas aficionados o de los de simples preguntas y respuestas, pero también hay otros de suma complejidad y cuya licenciamiento no sólo alcanza el formato en sí mismo, sino que comprende también, por ejemplo, el uso de determinado “*software*” y de base de datos, asesoría en la producción del programa, el *know how*, etc. Pero el problema se centra entonces en el formato como tal, en el marco del derecho de autor, pues si se trata de una idea por muy genial que sea, no estará protegida como obra (...). En cambio, si la idea cobra una “forma de expresión” con características de originalidad ya se estará en la órbita del derecho de autor, incluso en el supuesto de que dicha originalidad se encuentre en la composición, vale decir, en la particular selección o disposición de elementos pre-existentes”<sup>184</sup>.

De acuerdo con la anterior exposición, uno de los elementos que conforman el formato televisivo es la existencia de un argumento, que puede ser objeto de un desarrollo más específico a través de un guión, que constituiría, en estos casos, la obra interpretada por el artista. Por tanto, existiría un fundamento para proteger estas interpretaciones, si, además, concurriesen el resto de presupuestos inherentes a la interpretación enunciados en anteriores epígrafes.

Aún así, es necesario advertir que, a pesar de que muchos programas televisivos, considerados en su conjunto, adquieran la condición de obra audiovisual, por existir un hilo argumental, un guión previo, etc., las intervenciones artísticas integradas en los mismos no podrán ser calificadas como interpretaciones protegidas por no existir una verdadera aportación personal (el ejemplo ya citado del presentador del programa).

---

<sup>184</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, óp. cit., pág. 75.

En conclusión, la calificación del programa de televisión como obra audiovisual, para el objeto de este estudio, debe analizarse en consonancia con los requisitos o presupuestos inherentes a la definición de artista. Si en muchas ocasiones a las actuaciones incluidas en este tipo de producciones (los programas de variedades, entretenimiento, juegos o concursos, debates) se les negaba la protección por considerar que no podían calificarse como obras, -a pesar de la debilidad de este argumento, habida cuenta de que obvia el hecho de que los derechos de explotación del artista se reconocen sobre la interpretación fijada o integrada en una grabación audiovisual-, y si tales programas televisivos son considerados como obras audiovisuales, esta corriente de opinión queda desprovista de fundamento alguno. Asimismo, un ensanchamiento del concepto dogmático y decimonónico de “obra” contribuirá a la reflexión doctrinal y jurisprudencial sobre la necesidad de seguir flexibilizando dicho concepto para dar cabida a nuevas formas de creación que desbordan las delimitaciones conceptuales originarias.

#### **8.4.- La obra audiovisual como paradigma de obra en colaboración.**

La obra audiovisual constituye el mejor ejemplo de obra en colaboración, tal cual la define el art. 7 TRLPI, en cuanto que es el *resultado unitario de la colaboración de varios autores*. Efectivamente, la obra audiovisual aglutina las contribuciones creativas de una pluralidad de personas. Así, la del guionista, la del actor, la del director, la del fotógrafo, la del compositor de la banda sonora, etc. Y así, el espectador percibe la suma de todas esas contribuciones, y no cada una de ellas, “como una realidad distinta y única como es la obra cinematográfica”<sup>185</sup>.

De esta manera podría argumentarse que son autores de la obra audiovisual, conforme al art. 5 TRLPI, todas aquellas personas naturales que realizan alguna contribución creativa [literaria, artística o científica] a la misma. Así lo sostenía nuestra Ley 17/1966, relativa a la propiedad intelectual en las obras cinematográficas<sup>186</sup>, cuyo art. 3 venía a establecer que, además, de los autores del argumento, de la adaptación, del guión, de los diálogos, de las composiciones musicales (y, en su caso, de su letra), y del director-realizador, también podían gozar de esa consideración [autor de la obra cinematográfica] *las restantes personas naturales que, mediante una actividad de creación intelectual, participen en la realización de dicha obra*.

Habida cuenta la configuración de la obra en colaboración, de la que, como se ha dicho, son autores todas aquellas personas que realizan una aportación creativa, y, por tanto, cotitulares de

---

<sup>185</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Interpretación y Autoría*, coord. Carlos Rogel, ed. Reus, Madrid, 2004, pág. 46.

<sup>186</sup> Derogada por la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (LPI), disposición derogatoria única.

los derechos de propiedad intelectual sobre la misma<sup>187</sup> (ex. art. 7.4 TRLPI), no fueron pocas las voces que, de un modo u otro, señalaron las dificultades que esta circunstancia podía llegar a suponer para el productor y distribuidor de la obra audiovisual<sup>188</sup>, quien, tal y como señala PÉREZ DE CASTRO, “tendría que establecer una compleja red de relaciones para obtener de los distintos autores los citados derechos a fin de estar legitimados frente a terceros en la explotación de la obra”<sup>189</sup>.

Y es que, conforme al precitado art. 7, los autores de la obra en colaboración no sólo son cotitulares de los derechos de propiedad intelectual sobre la misma, sino que, además, y en consonancia con dicha condición de autores, se exige el consentimiento de todos ellos para divulgar y modificar la obra (art. 7.2 TRLPI<sup>190</sup>), y que, a reserva de lo pactado entre ellos, los coautores de la obra en colaboración podrán explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común (art. 7.3 TRLPI).

Dicha circunstancia, unida a la diferente configuración de la obra colectiva como *la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica* (art. 8 TRLPI), correspondiendo los derechos sobre la misma, salvo pacto en contrario, a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre (art. 8 *in fine* TRLPI), bien pudiera haber provocado que los sectores afines a los intereses de los productores cinematográficos abogaran por la catalogación de la obra audiovisual como obra colectiva. No en vano, como señala RODRÍGUEZ TAPIA, “la iniciativa acometida por el productor audiovisual (art. 120.2<sup>191</sup>) le asemeja mucho a quien edita y divulga la colectiva”<sup>192</sup>.

Ahora bien, como señala de nuevo PÉREZ DE CASTRO para zanjar esta primera cuestión, “el legislador de 1987 optó por configurar la obra cinematográfica como obra en colaboración y lo hizo de una forma expresa mediante una remisión del artículo 87 al artículo 7. Con ello cerró toda posible polémica respecto a si se estaba o no ante un caso de obra colectiva”<sup>193</sup>. Y,

---

<sup>187</sup> Lo serán en la proporción que ellos determinen y, en lo no previsto en esta Ley, se aplicarán las reglas establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes (art. 7.4 TRLPI).

<sup>188</sup> Precisamente, ese argumento, amén de la concepción mercantilista y comercial del *Copyright*, influyó sobremanera en la doctrina del *work for hire* estadounidense, que atribuye al productor la condición de autor, no como creador, sino como titular de todos los derechos patrimoniales sobre esta categoría de obras, acercándolas más a las que nuestro TRLPI califica de “colectivas” en su art. 8, que a las “en colaboración” del art. 7.

<sup>189</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Interpretación y Autoría*, *óp. cit.*, pág. 50.

<sup>190</sup> Dispone este precepto, además, que en ausencia de acuerdo, será el Juez quien resuelva sobre la divulgación y modificación de la obra; y que *una vez divulgada la obra, ningún coautor puede rehusar injustificadamente su consentimiento para la explotación en la forma en que se divulgó*.

<sup>191</sup> Se entiende por productor de una grabación audiovisual, la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de la grabación audiovisual.

<sup>192</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 151.

<sup>193</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Interpretación y Autoría*, *óp. cit.*, pág. 57.

efectivamente, dispone el vigente art. 87 TRLPI quiénes son los autores de la obra audiovisual, *en los términos previstos en el artículo 7 de esta Ley*, es decir, se atribuye la autoría expresamente a las personas naturales que realizan alguna aportación creativa (obra en colaboración), y no a quien la edita y divulgue bajo su nombre (obra colectiva).

Sentada esa premisa, es a partir de aquí, sin embargo, cuando surgen los problemas de interpretación, precisamente en torno al art. 87 TRLPI, que abandona la cláusula abierta del precitado art. 3 Ley 17/66 -que atribuía la condición de autor de la obra cinematográfica, como hemos dicho, a cualquier persona natural que, *mediante una actividad de creación intelectual, participen en la realización de dicha obra* –, y acota o limita, con cierto sesgo de incoherencia y oportunidad, el número de personas que, según dicho precepto, tienen la condición de autor (coautor) de la obra audiovisual<sup>194</sup>. Así, conforme al art. 87 TRLPI, son autores de la obra audiovisual (1) el director-realizador, (2) los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos; y (3) los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra.

La incompatibilidad manifiesta entre los arts. 5 y 7 TRLPI, por un lado, y el art. 87 TRLPI, por el otro, ha provocado un amplio debate doctrinal en cuanto a si la relación de autores contenida en este último precepto constituye un *numerus clausus* que no admite más autores de la obra audiovisual, o si, por el contrario, son autores de la misma tanto las personas enumeradas en el art. 87, como cualquier otra que realice alguna contribución creativa a la misma (*numerus apertus*).

Entre los sostenedores de la primera posición (*numerus clausus*) destacamos, una vez más, a PÉREZ DE CASTRO, quien, sin dejar de defender el carácter cerrado del art. 87 TRLPI<sup>195</sup>, lo critica al echar en falta “*algunos sujetos que intervienen de forma creativa en estas obras y no a través de meras actividades técnicas y carentes de libertad de elección en quien las realiza*”<sup>196</sup>, citando a tal efecto, y de manera expresa, al montador, al director de fotografía y al coreógrafo. A este respecto, y si bien PÉREZ DE CASTRO les niega la condición de autores de la obra

---

<sup>194</sup> Subyacen en todo ello dos concepciones de la creatividad y de la industria cinematográfica en especial. De un lado, la Ley 17/1966 se inspira en el sentido que de la propiedad intelectual o derecho de autor se percibe en Europa y que inspira el denominado “cine de autor”, frente a la concepción anglosajona de *Copyright* y el denominado “cine comercial”. De otro lado, la LPI de 1987 pone de manifiesto la prevalencia de los intereses de alguna entidad de gestión de los autores frente al resto de intereses, incluidos los de autores o creadores esenciales de tales obras, como es el director de fotografía (sin el cual no puede haber obra audiovisual), y la de los actores (sin cuya intervención difícilmente pueda hablarse, asimismo y muy especialmente, de obra cinematográfica).

<sup>195</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra coordinada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, págs. 1163 y ss.; e *Interpretación y Autoría*, *óp. cit.*, págs. 54 y ss.

<sup>196</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 1168.

audiovisual, sí les reconoce, sin embargo -no podría ser de otra manera- la condición de autores de sus aportaciones -todas ellas obras objeto de protección (*ex. art. 10 TRLPI*), preexistentes o no, se incorporan a la obra audiovisual. Y, como tales (*art. 5 TRLPI*), gozan de los derechos sobre sus aportaciones, por el mero hecho de su creación (*art. 1 TRLPI*)<sup>197</sup>. En esta misma línea opinan, entre otros, RODRÍGUEZ TAPIA<sup>198</sup> y CASAS VALLÉS<sup>199</sup>.

Otro sector doctrinal, sin embargo, sostiene que el *art. 87 TRLPI* constituye un *numerus apertus*. Así, y de manera destacada, ROGEL VIDE entiende que “con la Ley en la mano, *lege data*, hay argumentos más que suficientes para defender la coautoría de los directores de fotografía en la obra cinematográfica”<sup>200</sup>, y acude a cuatro argumentos para defender su tesis, en este caso aplicable a cualesquiera personas no incluidas en el listado del *art. 87 TRLPI*, pero que, sin embargo, tienen una participación creativa en la elaboración de la obra audiovisual: (1) no cabe aplicar el principio de *in claris non fit interpretatio* a lo que no dice la norma, y sucede que la norma del *art. 87 TRLPI* “no es clara ni deja de serlo en lo que calla, pues, respecto de ello, no hace otra cosa que callar”; (2) la argumentación aplicable en este caso es *a simile*, y no *a contrario*, habida cuenta que con ella se pretende reconocer derechos, no restarlos – y “las normas restrictivas de derechos han de ser interpretadas restrictivamente, pues *odiosa sunt retringenda*”; (3) no cabe argumentar que el legislador ha obviado intencionalmente el *art. 3* de la Ley 17/66, sino todo lo más que determinados ponentes en 1987 así lo desearon, y por situaciones como ésta es por lo que no cabe hablar de la voluntad del legislador en los casos de asambleas legislativas numerosas, siendo lo que cuenta en la moderna interpretación la *voluntas legis* y no la *voluntas legislatoris*.

Nuestra Ley (TRLPI), en efecto, adolece de claridad a este respecto, al tiempo que denota un sometimiento de la *voluntas legislatoris* a los intereses de la SGAE de 1987, y no es ese el único aspecto y capítulo de tal confusión de intereses y objetivos regulatorios. Y ello en la medida en que a pesar de reconocer expresamente la condición de coautor de una obra en colaboración a toda persona natural que con su aportación creativa y original haya contribuido a su elaboración (*art. 7 en relación con el 5*), parece limitar dicha condición, no obstante y en relación con la obra audiovisual -como obra en colaboración-, a unos pocos sujetos, cuyas contribuciones, todas ellas creativas, no resultan tan determinantes como las de otros que, sin embargo, no aparecen mencionados en el *art. 87*.

---

<sup>197</sup> *Íbid.*, págs. 1167 y 1175; e *Interpretación y Autoría, óp. cit.*, págs. 54 y ss.

<sup>198</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dirigidos por Rodríguez Tapia, José Miguel, Ed. Aranzadi (Thomson-Civitas), Cizur Menor, 2007, págs. 86 y ss..

<sup>199</sup> CASAS VALLÉS, Ramón, en *Comentarios al Código Civil, óp. cit.*, págs. 135 y ss.

<sup>200</sup> ROGEL VIDE, Carlos, *El derecho de autor de los directores de fotografía*, Reus, Madrid, 2006, págs. 10 y ss.

Nos referimos, en primer lugar y entre otros, al director de fotografía, en cuanto que autor de las imágenes que, conforme al art. 86 TRLPI, integran la obra audiovisual -condición creativa que nadie puede negar; y, en segundo lugar, al actor, como creador de su interpretación. No en vano las aportaciones de uno y otro son, al fin y al cabo, lo que percibe el espectador y determina la naturaleza misma de la obra audiovisual, más concretamente la cinematográfica que es en la que piensa el art. 87 TRLPI.

Ahora bien, tal y como advierte CASAS VALLÉS, sucede respecto del actor que “su creatividad ha sido reconducida al terreno de los derechos conexos” y que “no ostentan derechos sobre la obra audiovisual, sino sólo sobre su interpretación”<sup>201</sup>. Si bien esta circunstancia es evidente, *lege lata*, cumple dejar igualmente sentado que la citada “reconducción” de la actividad creativa del artista al ámbito de los derechos conexos, vecinos o afines a los derechos del autor no es sino fruto de los intereses particulares que tradicionalmente han venido presidiendo todo proceso legislativo en esta materia. Y es que, como señala ROGEL VIDE<sup>202</sup>, “la propiedad intelectual, en los textos legales del XIX, está pensada por y para los escritores, los autores de literatura, quedando en un segundo término los restantes autores, ya sean músicos, ya artistas, y resultando absolutamente ignorados cualesquiera otros participantes en el proceso creativo, artistas intérpretes o ejecutantes incluidos”, y que cuando el cine comenzó a adquirir relevancia social y, sobre todo, económica, “inmediatamente se apuntan los autores literarios y musicales que, bien posicionados, se hacen nombrar, tan pronto como pueden, coautores de la obra cinematográfica”.

Así y todo, y del mismo modo que el director de fotografía es el autor de las imágenes que conforme al art. 86 TRLPI integran la obra audiovisual (condición ésta que, como se ha dicho, nadie niega), el actor ha de ser considerado, al menos, creador de su interpretación, y que ésta, además, constituye una de las principales contribuciones originales a la obra audiovisual, fruto de su esfuerzo creativo e intelectual. Creación que se integra en un todo, un ente, denominado obra (audiovisual o cinematográfica). Todo ello, sin perjuicio de que la interpretación audiovisual es en sí misma ya una obra audiovisual que, al integrarse en otra, la conforma y formará parte integrante de la misma; siendo susceptible, a diferencia de la mayor parte del resto de contribuciones, de utilización y explotación aislada.

---

<sup>201</sup> CASAS VALLÉS, Ramón, *Comentarios al Código Civil*, *óp. cit.*, págs. 142 y 143.

<sup>202</sup> ROGEL VIDE, CARLOS, en *Estudios completos*, *óp. cit.*, págs. 418 y 419.

En resumidas cuentas, el actor es creador indiscutible de un personaje audiovisual cuya actuación o interpretación consiste en una interpretación audiovisual susceptible de explotación, y por ello protegida (esto es, tanto por su carácter de creación original y singular, como por su capacidad de explotación al quedar fijada en un soporte o sistema). De manera que, sentadas y asumidas tales premisas, queda habilitada la conclusión de que el actor es creador de su interpretación en exclusiva -como el resto de autores sobre sus aportaciones creativas-, y que la actuación se incorpora en un ente denominado obra audiovisual o cinematográfica, lo que le hace acreedor de la condición de coautor sobre la misma, al igual que el compositor de la música, *v.gr.*, que no compone toda la obra, como tampoco el guión abarca toda la obra, ni la dirección suele abarcar todos los elementos y recorrido de la obra cinematográfica<sup>203</sup>. Sí que la abarca, sin embargo y por ejemplo, el director de fotografía, el montador, etc., que no son ni tan siquiera reconocidos en el art. 87 TRLPI como coautores.

Deducir la coautoría del actor en la obra audiovisual, pues, lejos de constituir una extravagancia, se ajusta más que lo contrario al esquema jurídico que plantea nuestra LPI, preocupada más por distribuir “la tarta” de los derechos patrimoniales en la forma que menos altere la paz sectorial – si bien dicha distribución tampoco ha alcanzado la paz y menos aún la equidad-, que en buscar coherencias y equilibrios entre todos los creadores que aportan su creatividad para la obtención de un resultado unitario, como es la obra audiovisual.

En todo caso, finalmente y con carácter subsidiario respecto de la coautoría del actor sobre la obra audiovisual, la conclusión que se impone con rotundidad es que, más allá de su carácter tautológico, predicar cuando menos la autoría del actor sobre su interpretación audiovisual, encuentra, sin necesidad de acudir a las diferentes reglas interpretativas de nuestro Código civil, amparo positivo, doctrinal y jurisprudencial abundante y suficiente, tal vez por la obviedad que comprende y por todo el recorrido jurídico y legislativo, tanto a nivel nacional como comparado, comunitario e internacional, que lleva ya asumida la interpretación audiovisual para que su realidad creativa, económica, social y cultural halle amparo en normas de naturaleza intelectual.

Definitivamente, el análisis y argumentación en torno a la obra audiovisual como paradigma de obra “en colaboración” nos sirve un argumento *a fortiori* favorable a la protección de la

---

<sup>203</sup> Sobre esta cuestión existe una imagen tópica y universal que interesa desvanecer en honor a la verdad y en evitación de mayor confusión: la imagen de todos los directores-realizadores de cine detrás de la cámara, como si ellos fueran quienes elaboran la imagen y crearan verdaderamente la película. Y nada más lejos de la realidad, pues lo más que hacen con ese gesto es comprobar los planos y la luz que le ofrece el director de fotografía, que es, junto con todo su equipo, quien verdaderamente elabora la imagen audiovisual de todo el filme. Y por más que dicha imagen tópica y estandarizada sea la que todos retengamos de Orson Wells, Spielberg, Almodóvar, Juan Antonio Bardem, Alejandro Amenabar, entre otros, cuando se conoce el proceso productivo de una película se desvanece la sugestión de dicha imagen.

interpretación audiovisual nada desdeñable. De la configuración jurídica de la obra audiovisual como obra en colaboración, incluso por encima o al margen de las posición que se mantenga en relación con otros aspectos, se sigue sin esfuerzo y cuando menos: (1) que la interpretación audiovisual es fruto de la capacidad creativa del actor; (2) que constituye una creación -obra- *per se* -e incluso, tal vez preexistente a la propia obra audiovisual en la que se integra; y (3) que merece, por todo ello y como mínimo, una protección tan digna y eficaz como la que obtienen otras creaciones similares, incluida la obra audiovisual, por parte del TRLPI.

## **8.5.- La pantomima como argumento *a fortiori* para la protección de la interpretación audiovisual.**

### **8.5.1.- Gesto y movimiento: mimo y pantomima.**

Junto con la voz, los recursos interpretativos más importantes de un actor son el gesto y el movimiento<sup>204</sup>. Tan es así que la representación teatral originaria se realizaba tan sólo a base de gestos y movimientos, sin palabras<sup>205</sup>, mediante la utilización de máscaras caracterizadas y a través de la pantomima que, aún hoy es una forma de expresión teatral y audiovisual, incluso dando lugar a la especialidad actuarial de mimo<sup>206</sup>.

Ya dijimos *ut supra* que el mimo es una forma de actuación o interpretación actuarial consistente en expresar las emociones, situaciones, sentimientos, ideas y demás contenidos dramáticos a través de la elocuencia o expresividad del cuerpo, sin utilizar -como regla general- palabras. Los recursos expresivos que principalmente utiliza el actor en esta modalidad artística –lo cual no

---

<sup>204</sup> Así se respondió Charles Chaplin cuando le preguntaron por los *talkies*, en referencia a las primeras películas sonoras que incorporaron diálogos sincronizados: “¿Los *talkies*?... –declaró Chaplin a un redactor de “Motion Pictures”-. ¡Puede decir usted que los detesto! Vienen a echar a perder el arte más antiguo del mundo, el arte de la pantomima. Aniquilan la gran belleza del silencio.” Al igual que otros grandes cineastas como Eisenstein o Pudovkin, Charles Chaplin (1889-1977) se mostró al principio totalmente opuesto a la irrupción del sonido y su absoluta novedad filmica. En su opinión, el sonoro “retrasará en diez años la marcha del cine”. De hecho, la irrupción del sonido (los *talkies*) produjo un gran desconcierto inicial y encorsetó temporalmente el lenguaje filmico – LEPROHOM, Pierre, *Charles Chaplin*, traducido por Luis Horno Liria, Ed. Rialp, Madrid, 1961.

<sup>205</sup> ROGEL VIDE, Carlos, expresa también esta idea en los siguientes términos categóricos: En el principio fue -entre los humanos- el gesto, (...). Luego fue el verbo y luego la escritura, que no es otra cosa que la concreción del verbo en signos que permanecen, permanencia que da pie al aforismo, de tanta raigambre cultural como jurídica, que dice “litera manent, verba volant” o, lo que es lo mismo, “las letras permanecen, a las palabras se las lleva el viento”. El aforismo dicho, no enteramente cierto en nuestros días, está cual hemos de ver- en la base de buena parte de los problemas que los actores tienen para ser reconocidos como autores, como creadores de sus interpretaciones. (...) En el principio también y por cuanto me resulta, las representaciones teatrales -palabra, esta última, que tiene que ver, etimológicamente, con mirar, con ver- eran mudas, gestuales, como mudo era el cine en sus orígenes más geniales, cine que, etimológicamente también, tiene que ver con movimiento, que no con escritura. (...). ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios Completos, óp. cit.*, págs. 415-416, Ed. Reus, 2003. Madrid.

<sup>206</sup> Repárese en actores, compañías o grupos teatrales, que también ofrecen espectáculos audiovisuales, de nuestros tiempos que han alcanzado gran resonancia, pese a utilizar pocas o ninguna palabra, como son los ingleses Alfred Hawthorn Hill (Benny Hill) y Rowan Atkinson (Mr. Bean), los franceses Jacques Copeau, Étienne Decroux, Jean Louis Barrault y Marcel Marceau, el dúo español “Faemino y Cansado” y “Els Joglars”, el grupo argentino “Les Luthiers” que interpretan a través de sonidos, juego de palabras y tonos, gestos e instrumentos musicales comunes e inventados, etc. Todo ello, sin olvidar, asimismo, que el cine en su origen fue mudo y así irrumpió ya como Séptimo Arte gracias a actores maestros de la pantomima como el inglés Charles Chaplin, los estadounidenses Buster Keaton y Harold Lloyd,



significa que en el resto también los utilice de manera destacada, junto con la voz- son: gestos, movimientos, pausas, ademanes y una singular caracterización. Para unos el mimo y la pantomima son sinónimos, para otros hay una ligera diferencia basada en que la pantomima pretende sustituir las palabras por los gestos, en tanto que el mimo es expresión directa a través de los recursos físico-expresivos del cuerpo.

Según el estudio específico de RAMS ALBESA, por mimo se entiende “al actor que se sirve básicamente del gesto y a la mímica para comunicarse con la audiencia y homónimamente a la obra del género de representación teatral a que da lugar esta concreta forma de actuación escénica”. El mimo no es otra cosa que “un mensaje organizado y complejo dirigido a quienes observan al mimo o mimos sin emplear el lenguaje verbal ordinario, con voluntad de crear una obra de comunicación a partir del empleo integral del movimiento corporal. No hay traducción de signos, gestos y movimientos sino ideas transmitidas por estos medios”<sup>207</sup>.

La pantomima, en efecto, es una forma especial de expresión corporal pues se orienta hacia la dramatización y a la transmisión de emociones, estados anímicos, deseos, sentimientos, ideas, historias, tragedias o situaciones cómicas, sin que medien palabras que lo expliquen sino mediante la exclusiva utilización del cuerpo, el movimiento corporal, las gesticulaciones faciales y de las extremidades, así como una caracterización muy relevante, ya sea mediante maquillaje, máscara u otros elementos adicionales.

Nos ofrece *per se* una explicación adecuada de lo que significa en gran medida el trabajo interpretativo de un actor al margen de los textos, sin perjuicio de que los recursos expresivos que le son propios se utilicen también en gran medida para interpretar o representar a los personajes literarios incorporados en tales textos<sup>208</sup>.

Etimológicamente el término “pantomima” precede al griego “pantomimos”, que se traduce como “el que imita todo”, pues se halla compuesto por “pantos” (todo) y “mimos” o “mima”, que en griego significa imitador o actor. Recuérdese que Aristóteles en su *Poética* sostiene que todas las artes son imitación, y el arte de la interpretación no es una excepción, sino una

---

<sup>207</sup> RAMS ALBESA, Joaquín, *Siete estudios sobre el derecho de autor y la propiedad intelectual*, Ed. Reus, Madrid, 2010, págs. 271 y ss.

<sup>208</sup> MEYERHOLD dice en los umbrales del siglo XX que “el teatro entregado al juglar llevará a una lucha encarnizada contra los dramas de costumbre o los dialécticos, contra las obras de tesis y de atmósfera. El nuevo teatro de máscaras aprenderá de los españoles y de los italianos del siglo XVII a elaborar su propio repertorio en base a las leyes del barracón, donde siempre resulta más interesante divertir que enseñar y donde los movimientos son siempre más apreciados que la palabra. Por alguna razón los clérigos de Basoch preferían entre todas las formas dramáticas la pantomima” -MEYERHOLD, Karl Fiodor-Kasimir, *El actor sobre la escena*, Diccionario de práctica teatral, Coord. Ceballos, Edgar, traducción de Enriqueta Bernal López, Noemí Lucero Castillo y Margherita Pavia, Ed. Escenología, México DF, 2005, pág. 241.

manifestación plena de ese principio. Y en efecto, mediante la pantomima el actor imita o emula hechos, emociones y demás elementos o entidades ajenas. Asimismo, el término “mimo” procede del griego “miméomai”, que significa “imitar”, por lo que podíamos decir que la pantomima es el arte de la mímica (mimesis) y el mimo es la persona (actor) que desarrolla dicho arte.

El antecedente etimológico no es casual, sino que responde a la importancia que la mímica y la pantomima alcanzaron en la Grecia clásica (donde otro arte como el plástico de la escultura y el gusto por las formas, volúmenes y posturas del cuerpo fueron siempre una fuente de inspiración para el arte expresivo de la pantomima), luego en Roma<sup>209</sup> y en las demás etapas evolutivas de la interpretación actoral, incluido el pasado y presente siglo. En algunos casos tales representaciones dramáticas introducían espacios de narración y algunos breves diálogos. Tanto la actuación actoral genuina como la danza de todos los tiempos sientan sus bases en el gesto y en el movimiento, en la mímica y en la pantomima.

Incluso durante la etapa más larga, y tal vez más oscura, de la historia del arte, la medieval<sup>210</sup>, dice MEYERHOLD que “Los organizadores de las representaciones medievales sabían muy bien el importante papel que la pantomima desempeñaba en el éxito del espectáculo. Las escenas más conmovedoras de los misterios franceses de finales del XIV y comienzos del XV eran siempre mudas. Los movimientos de los personajes explicaban el contenido del espectáculo con mayor fuerza que cualquier razonamiento en poesía o prosa”<sup>211</sup>. Y si a ello se le une el nivel de alfabetización del pueblo en general en diferentes épocas históricas, huelga concluir también por esta vía que el gesto y el movimiento lograba transmitir lo que a la palabra le era imposible.

Como en tantos otros ámbitos de las artes, el Renacimiento recuperó de nuevo el momento álgido de la mímica griega a través de la “Commedia Dell’Arte”, origen, a su vez, de los arlequines<sup>212</sup>, pues junto con la pantomima utilizaban máscaras llamativas y acompañaban sus actuaciones de acrobacias, piruetas y demás movimientos atractivos para el espectador. Lejos de Italia, en Japón, por esas fechas del siglo XVI se popularizó el drama Nō (N’o), muy similar a la

---

<sup>209</sup> Se dice que tanto Nerón como Calígula fueron grandes aficionados a la pantomima o al mimo, lo que da idea de la popularidad de este género dramático, que se convirtió en el espectáculo público por excelencia, propio para transmitir al pueblo llano, en clave cómica las más de las veces, tanto las hazañas bélicas como los relatos épicos y demás historias.

<sup>210</sup> Si bien durante esta etapa tanto los clérigos como los juglares mantuvieron viva la llama de la representación teatral, en el caso de la pantomima corresponde al juglar el mérito de haberla llevada en su alforja de pueblo en pueblo junto con sus historias narradas, sus épicas y su folclore.

<sup>211</sup> MEYERHOLD, Karl Fiodor-Kasimir (Vsevolod Emilievic), *El Actor sobre la Escena*, *óp. cit.*, pág. 241.

<sup>212</sup> Arlequines que, posteriormente, fueron introducidos en las representaciones operísticas del siglo XVIII a modo de entre-acto o de interludio cómico, humorístico, satírico o burlesco, siendo uno de sus principales promotores el actor inglés John Rich. Y probablemente esta práctica llevó a convertir al arlequín en una suerte de subespecie de pantomima.

pantomima moderna, irradiando su influencia en Francia de la mano de Jacques Copeau, ya entrado el siglo XX. Durante el siglo XIX la pantomima se orientó hacia el público infantil en su versión más burlesca y de vodevil, incluso como espectáculo popular dentro de las fiestas navideñas.

Posteriormente, en los albores del siglo XX, será la pantomima británica la que mayor influencia ejercerá en el resto de Europa, incluida España, configurada como un subgénero dramático y vinculado a la comedia musical. Durante el último cuarto del pasado siglo, Inglaterra también llevó con éxito la pantomima y el mimo, incluso la esencia del cine mudo, a la televisión de la mano de personajes como Benny Hill<sup>213</sup> y Mr. Bean<sup>214</sup>, creados e interpretados por los actores Alfred Hawthorn Hill y Rowan Atkinson.

También en el siglo XX y en Francia se retoma el modelo pantomímico de la “Commedia dell’arte”, a la que Jacques Copeau refuerza con el concepto de máscaras para que su pupilo, Étienne Decroux, acabe por desarrollar una nueva técnica teatral denominada “mímica corporal”, cuya representación dramática se basaba exclusivamente en el movimiento corporal. Y de ahí, Jean-Gaspar Debureau evolucionó esa forma dramática e incorporó el maquillaje del rostro silencioso y en blanco para destacar otras caracterizaciones y elementos, tal y como ha llegado el mimo a nuestros días.

De otro lado y después de destacar a la pantomima como uno de los recursos teatrales preferidos de los directores de escena en los albores del siglo XX, afirma MEYERHOLD que “La pantomima cierra la boca del maestro (...), al mismo tiempo que el juglar afirma la autonomía del arte del actor: la expresividad del gesto y el lenguaje de los movimientos del cuerpo, no solo en la danza sino en cualquier situación escénica”<sup>215</sup>.

Yendo incluso más allá que el autor germano-ruso, pero en sentido similar, ROGEL VIDE establece una conclusión argumentativa del siguiente tenor: “Hay, por ello, una conexión

---

<sup>213</sup> El *Show de Benny Hill* fue una serie humorística (muda, tan solo amenizada con música, sonido ambiente y sonrisas de ambientación) de televisión que se produjo y se emitió en Inglaterra desde 1955 a 1989, principalmente a través de la BBC, y en televisiones de España y casi toda América Latina, durante la década de los años 80 y en décadas posteriores. También se emitió por Radio entre los años 1964 y 1966, bajo el título de *El Tiempo de Benny Hill*.

<sup>214</sup> *Mr Bean* fue también una serie cómico-humorística (muda, amenizada con música, sonido ambiente y sonrisas de ambientación) de la televisión inglesa de los años 90, que se hizo popular en todo el mundo. Como anécdota, basta recordar que en la Ceremonia Inaugural de los Juegos Olímpicos de Londres 2012, Inglaterra se presentó ante el mundo bajo sus iconos culturales más emblemáticos, esto es: Shakespeare, el Agente 007, Beatles y Mr. Bean. También se ha llevado a la pequeña pantalla en formato de animación, que se sigue emitiendo en diversos canales de televisión de todo el mundo. El creador e intérprete de dicho personaje, Rowan Atkinson, tras protagonizar dos películas como Mr. Bean, reveló en 2011 que, tras la película *Las vacaciones de Mr. Bean* rodada en 2007, no volvería a interpretarlo más para conservar al personaje en su versión auténtica, sin envejecer.

<sup>215</sup> MEYERHOLD, Karl Fiodor-Kasimir (Vsevolod Emilievic), *El Actor sobre la Escena*, *óp. cit.*, pág. 241.

innegable -una identidad, incluso, en los orígenes- entre el teatro, el cine incluso, y la pantomima, pantomima que es considerada, ayer como hoy, obra original del intelecto, quizás porque no tiene detrás una obra literaria, al margen de que ella misma, en sus distintos pasos, pueda ser descrita minuciosamente por quien la realice. (...) Por otra parte e incluso cuando las palabras irrumpen en el teatro, se trata de palabras dichas, que no leídas; de palabras declamadas en un contexto de movimiento”<sup>216</sup>.

Por tanto, la mímica dramática (pantomima), sin acudir apenas a la comunicación oral, constituye una constante histórica y aún hoy es la base de la interpretación actoral tanto a nivel teatral como cinematográfico o audiovisual. Y ello, no sólo por cuanto que el gesto y el movimiento fueron las primeras formas de comunicación entre los humanos (y que aún lo sigue siendo en sus primeras etapas de vida), sino porque la creatividad artística destinada a transmitir emociones, ideas, hechos, sentimientos y demás aspectos espirituales halla en la imagen (gesto y movimiento), incluso más que en la palabra hablada, el vehículo expresivo que más incide en el ánimo y en la memoria del espectador, pues tanto nuestra memoria como nuestra creatividad, ambas capacidades de nuestra mente, piensan y recuerdan en imágenes. La pantomima es, pues, creación en estado puro y siendo el actor quien la crea en todos los sentidos, al tiempo que dicha forma expresiva se halla en base de toda actuación actoral más allá —e incluso al margen- de los textos que interpreta, lo que abona *per se* la tesis de que el trabajo del actor es eminentemente creativo.

#### **8.5.2.- La pantomima a la luz de la propiedad intelectual.**

Se considera pantomima la representación de una composición que expresa emociones o una acción dramática mediante ademanes, posturas y mímica, sin palabras. La pantomima tiene carácter de obra. En nuestro país, con independencia de la escasa relevancia que este tipo de interpretaciones ostenta en el mercado audiovisual si la comparamos con otras modalidades de actuación actoral, es necesario referirla por constituir una modalidad de interpretación audiovisual cuando queda fijada en un soporte, dispositivo, medio o sistema de esta naturaleza, sin perjuicio de que la pantomima se halle expresamente aludida entre la tipología de obras que enumera el art. 10.1.c) TRLPI. Nos dice BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO que conviene tener en cuenta que “en las pantomimas el objetivo es la actuación o representación escénica. En ellas el medio de expresión fundamental es el lenguaje del cuerpo: movimientos, gestos, señas, muecas, ademanes. En la pantomima dominan los gestos (a través de los cuales se reproducen

---

<sup>216</sup> ROGEL VIDE, CARLOS, *Estudios completos, óp. cit.*, págs. 415-416.

escenas). (...) se protege la sucesión de gestos y movimientos (no gestos o movimientos aislados) en función de una estructura armónica preordenada. Debe pues quedar un escaso margen de improvisación para el intérprete”<sup>217</sup>.

Según BAYLOS CORROZA, “Constituyen nota común a todas estas creaciones intelectuales [obras coreográficas, ballet, pantomimas, marionetas] -que lo son propiamente-, que la expresión formal tutelada la integran movimientos, gestos, ademanes, actitudes y posiciones físicas de personas. El valor creativo de estas obras es independiente del que puedan tener las obras literarias y musicales de que se sirven de fondo, tema y argumento. La creación aquí incluye valores estéticos propios, de carácter formal, derivados de esa combinación expresiva de movimientos corporales, que adquieren una significación superior a la meramente ilustrativa de textos o sinfonías. De aquí que la doctrina alemana las denomine obras escénicas mudas (*stumme Bühnenwerke*).”<sup>218</sup>,

Sin embargo, algunas legislaciones de derecho de autor no la protegen a menos que se halle fijada mediante signos adecuados, descripciones, o de alguna otra forma perceptible<sup>219</sup>. En este sentido, COLOMBET, en referencia a la legislación francesa: “El CPI protege también las obras coreográficas y la pantomima, pero siempre que ‘la ejecución se fije por escrito o por otro medio’; esta condición parece bastante sorprendente puesto que no es necesaria para otro tipo de obras; sin embargo, ello se explica por el hecho de que la creación de la coreografía o de la pantomima sería imposible de probar si no existiera un soporte material (escrito, cine, etc.); pero en realidad, la misma exigencia se podría formular sobre las obras orales”<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2007, *óp. cit.*, pág. 171.

<sup>218</sup> BAYLOS, continúa su análisis, “Ahora bien; una cierta permanencia del *corpus mechanicum*; y aquí, como ya se ha dicho, los elementos sensibles –la realidad significativa dotada de valor- los integra movimientos corporales, que por su propia esencia poseen una natural fugacidad. Sin embargo, tales movimientos y figuras tienen un carácter modélico al repetirse y pueden ser identificados, en cierto modo, mediante prescripciones explícitas, y perpetuados a través de un procedimiento técnico de objetivización de las percepciones que su contemplación originan. Por ello, la solución jurídica suele ser la formulación de esos movimientos, bien descriptivamente por medio del lenguaje escrito, ya mediante signos de valor convencional especialmente indicativos del proceso rítmico o pantomímico, al modo como las notas del pentagrama representan los sonidos musicales en la partitura. Y pueden, además, ser fijados gráficamente a través de dibujos, diseños, bocetos o fotografías, e incluso captados en toda su realidad mediante el *film*. Ello explica que, por ejemplo, la ley alemana anterior a la vigente –que sólo admitía la consignación descriptiva de estas obras –las protegiese como si fuesen obras literarias. Otras legislaciones –así la italiana- les otorgan protección, si pueden fijarse por escrito o de cualquier otro modo.” BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho industrial*, *óp. cit.*, pág. 523

<sup>219</sup> *Óp. cit. Glosario de Derecho de autor y Derechos conexos* de la OMPI, pág.103; y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Precisamente la importancia de diferenciar la actividad del mero intérprete –que no es autor- de la del autor de la obra coreográfica o de pantomima ha dado lugar a que algunas leyes exijan como requisito de estas obras que se encuentren fijadas por escrito o de cualquier otra forma (filmada, p.e.); así, las leyes italiana (art. 2.3º), portuguesa [art. 2.1.d] y francesa (art. L 112-2.4º). Semejante requisito no se recoge en nuestra Ley, que protege consecuentemente la improvisación también. No obstante, en la práctica (incluso por razones de prueba) y por las razones indicadas, será difícil proteger una obra coreográfica o una pantomima no fijada de alguna forma”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2007, *óp. cit.*, pág. 171.

<sup>220</sup> COLOMBET, Claude, *Propriété littéraire*, *óp. cit.*, pág. 61

La doctrina estadounidense (DOUGHERTY, NIMMER, VARMER) incluso antes de integrar tales formas de interpretación en el ámbito de la sección 102(a)CA, sostenía que la pantomima pudiera ser objeto de protección, al menos cuando fueran “suficientemente dramáticas”<sup>221</sup>, entendiéndose por tales aquéllas en las que el movimiento (del actor) “cuenta una historia, retrata un carácter, representa una emoción o en cualquier otro caso expresa un concepto dramático o idea” –así lo deduce VARMER<sup>222</sup> de las primeras sentencias dictadas en los EEUU a este respecto. El debate jurisprudencial fue zanjado con la reforma del CA en 1976, al incluirse la pantomima y las obras coreográficas en el ámbito de las obras protegibles conforme a su sección 102(a). Y ello, además, con la intención de proteger “todas las formas de coreografía”, tal y como puede verse en el precitado informe del Comité Judicial del Congreso estadounidense<sup>223</sup> - si bien, como señala NIMMER, “el movimiento (la interpretación) ha de ser original, expresivo y mínimamente creativo, y debe aparecer fijado en un medio tangible de expresión”<sup>224</sup>.

Por su parte, FRYE<sup>225</sup> se pregunta por qué el CA otorga protección específicamente a la pantomima. Considera dicho autor que la reforma del CA de 1976, al incluir la pantomima como una obra objeto de protección, lo hace “simplemente para ajustar las leyes de *Copyright* de Estados Unidos a la Convención de Berna para la protección de obras literarias y artísticas”. Y que en la actualidad se ha obviado el motivo originario de la protección de este tipo de obras, el cual descansa, a su entender, en extender dicha protección a “las películas mudas”. En otras palabras, considera FRYE que “la protección bajo el *Copyright* de la ‘pantomima’ es redundante en relación con la protección que dicho sistema otorga a ‘películas’ y ‘obras dramáticas’”. Concluye, finalmente, que “la explicación actual de la OMPI sobre la Convención de Berna muestra el desconocimiento acerca de la razón originaria de modificar la materia de *Copyright*

<sup>221</sup> GOLDSTEIN, Paul, *Goldstein on Copyright*, 2ª ed. Aspen Law and Business, Nueva York, 1998, suplemento pág. §2.10; y NIMMER, Melville B. y NIMMER, David, *Nimmer on Copyright*, Mathew Bender Rev., vol. 1, suplemento 2014, pág. §2.07[B].

<sup>222</sup> VARMER, Borge, *Copyright in Choreographic Works*, Estudio No. 28 (1959), elaborado para el Subcomité de Patentes, Marcas y Derechos de Autor del Comité Judicial del Senado estadounidense, con ocasión de los trabajos previos a la reforma del CA de 1976, y publicado por el Gobierno de los EEUU, Washington DC, 1961, pág. 65.

<sup>223</sup> House Report No. 94-1476 (*Copyright Law Revision*), pág. 52.

<sup>224</sup> NIMMER, Melville B. y NIMMER, David, *Nimmer on Copyright*, *óp. cit.*, pág. §2.07[C], que a este respecto citan el precitado informe del Comité Judicial (House Report No. 94-1476), en cuya pág. 54 se dice que “las obras coreográficas no incluyen pasos de danza sociales ni simples rutinas”.

<sup>225</sup> FRYE, considera que la OMPI ha olvidado completamente la razón originaria para la protección de la pantomima. Su exégesis de 2003 de la Convención de Berna expone: El elemento común del tercer grupo –*dramático o dramático-musical obras; obras coreográficas y pantomima*- es que están pensadas para su representación en un escenario. Las obras dramáticas están normalmente fijadas en escritos; y por tanto pueden ser consideradas como pertenecientes a ambos, al primer y al tercer grupo de categorías de obras incluidas en la lista no exhaustiva. La fijación de la obra coreográfica y de la pantomima puede ser más difícil (desde que por esto, no hay vías establecidas ni fijadas como para obras escritas o musicales), pero es posible (... durante el desarrollo del texto de la Convención de Berna, la cuestión de la fijación de estas obras emerge en una vía específica). Y su siguiente explicación: fue en conexión con las obras coreográficas y pantomimas que la cuestión de la fijación como una condición para la protección del *copyright* emergió por primera vez. La fijación fue necesaria con el objeto de ser capaz de identificar y probar la existencia de estos trabajos. Por tanto, cuando obras coreográficas y pantomimas fueron incluidas en la lista no exclusiva de obras literarias y artísticas en la revisión de Berlín de 1908, la condición fue añadir que su presentación debía ser fijada en “escrito u otra forma” – FRYE, Brian L., *Copyright in Pantomime*, Agosto 2015, disponible en [http://works.bepress.com/brian\\_frye/2](http://works.bepress.com/brian_frye/2)

para incluir la “pantomima”, esto es, asegurar la protección bajo el *Copyright* de películas mudas.”

La cuestión a abordar es aquí la diferencia en el tratamiento respecto de la protección de la pantomima en relación con otro tipo de actuaciones actorales. Esto es, si los actores son o no verdaderos creadores de nuevos objetos inmateriales susceptibles, a su vez, de una nueva propiedad intelectual y de ser aparejadas tales creaciones a la autoría literaria.

Para BAYLOS CORROZA el problema jurídico que plantea la protección de esta clase de obras es de gran interés. “Lo protegido no es otra cosa que la expresión formal constituida por esas combinaciones de movimientos corporales, delimitable, como toda creación artística (y en general, como toda obra protegida por la propiedad intelectual), por vía ejemplar, es decir, mediante la percepción sensible de la realidad física aportada por el autor.”<sup>226</sup>

Por su parte, para RAMS ALBESA “Al actor de una pantomima, aparte de las grandes especialidades técnicas propias del género, le corresponde el mismo e idéntico tratamiento en materia de derechos intelectuales que a cualesquiera otros actores, artistas intérpretes o ejecutantes, etc. pues en rigor todos estos sustantivos no son o, mejor no debieran ser, sinónimos”<sup>227</sup>. Concluye RAMS ALBESA que “nadie con las suficientes dotes para la apreciación de la realidad sutil y compleja de la creación de bienes inmateriales deja de entender que un actor, en la acción de representar, de encarnar a un personaje, aun siguiendo todas y cada una de las indicaciones debidas al autor del texto literario o libreto de la clase que fuere y las provenientes del director de escena, genera una realidad intelectual nueva que no existía antes de la aportación de su acto creativo”.

También BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, si bien considera que los artistas intérpretes no son autores, añade que “serán autores si a través de su actuación incorporan elementos de suficiente originalidad a la obra que interpretan. Habida cuenta de que nos encontramos en un terreno en el que la libertad de creación es muy grande, me inclino por entender que la originalidad mínima exigida no puede ser mejor (p.ej., no puede confundirse con la originalidad derivada de toda interpretación, por muy brillantes y genial que la misma sea).”<sup>228</sup>

---

<sup>226</sup> BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho industrial, óp. cit.*, pág. 523

<sup>227</sup> RAMS ALBESA, Joaquín, *Siete estudios, óp. cit.* pág. 285-286.

<sup>228</sup> Continúa BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “También conviene tener en cuenta que en este tipo de obras, especialmente en la pantomima, es frecuente que autor e intérprete coincidan en la misma persona; y es que se trata de un caso en el que la originalidad puede radicar tanto en la ejecución como en la concepción de la obra. La técnica y sensibilidad de la ejecución alcanzan así un especial relieve. Ciertamente que semejante caso extremo evidencia hasta qué punto cabe cuestionar el hecho de que no

Así las cosas, si, tal y como razona RAMS, “La originalidad genuina exigible para el reconocimiento de la autoría habrá que buscarla en la sucesión y ordenación de los gestos, movimientos corporales y expresiones del rostro”<sup>229</sup>, no encontramos justificación alguna a que no se asimile el mismo nivel de protección otorgado a la pantomima a otro tipo de interpretaciones actorales. Y ello se muestra evidente si partimos de que no se plantea la menor duda en torno al reconocimiento de la autoría sobre obras mímicas (pantomimas), atendiendo a que toda actuación lleva implícita movimiento, posturas y gestos análogos a la pantomima.

Finalmente, compartimos plenamente el análisis de DOUGHERTY, el cual, acudiendo a las definiciones de pantomima y coreografía que ofrece el *Copyright Office* estadounidense en su *Compendio*, a saber: “el arte de imitar o representar [actuar] situaciones, caracteres o cualesquiera otros eventos con gestos y movimientos del cuerpo” y “la composición y disposición de movimientos y patrones de danza; (...) sucesiones estáticas y cinéticas de movimientos corporales en determinadas relaciones rítmicas y espaciales”, concluye afirmando que “en la medida en que lo que el actor añade a la obra cinematográfica es un movimiento, postura y gesto original y expresivo, [su interpretación] debería ser considerada protegible por el *Copyright*, por analogía a la pantomima y a la coreografía”<sup>230</sup>.

## **8.6.- Los fundamentos para la protección jurídica de las interpretaciones audiovisuales en la jurisprudencia comparada.**

En nuestro país no ha sido tratado por los tribunales la cuestión relativa a la protección de las interpretaciones audiovisuales, y esto se debe, probablemente, a que no hay dudas acerca de la protección de las mismas. Si bien, cuestión distinta es el nivel de protección que otorga nuestra legislación a los artistas intérpretes, con el que, tal y como hemos manifestado, no estamos de acuerdo. Hemos de acudir a la jurisprudencia internacional (más en concreto, argentina, mexicana, y estadounidense) para ver el tratamiento de dicha cuestión.

Un sector de la jurisprudencia argentina ha elaborado una doctrina, en cierta manera consolidada por varias resoluciones, que consideran que la labor de los artistas intérpretes, en cuanto a su

---

se reconozca derecho de autor a los intérpretes”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *óp. cit. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2007, *óp. cit.*, pág. 171.

<sup>229</sup> RAMS ALBESA, Joaquín, *Siete estudios*, *óp. cit.*, pág. 285

<sup>230</sup> DOUGHERTY, F. Jay, *Not a Spike Lee Joint? Issues in the Authorship of Motion Pictures Under U.S. Copyright Law*, 49 UCLA Law Rev. 225, 2001-2002, pág. 241.



valor creativo, ha de ser objeto de protección. Recogemos en primer lugar la Sentencia dictada por la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, de 18 de septiembre de 1996, la cual razona que “el derecho del intérprete *‘dimana de una actividad artística que debe ser protegida como acto inseparable de la actividad personal’*”<sup>231</sup>. Otra sentencia, ésta de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones de lo Civil, de julio de 1997 (asunto AADI c/ LS84 TV Canal 11), recoge el siguiente pronunciamiento: “El *‘quid’* de este asunto y la solución de la controversia se centra en el siguiente interrogante: ¿el actor cinematográfico, se encuentra comprendido en el significado de ‘intérprete’ de que informa el art. 56 de la ley 11.723 y su decreto reglamentario? Entiendo que la respuesta debe ser afirmativa, como ya lo ha resuelto un sector de la jurisprudencia. Efectivamente, hoy día, la labor creativa del actor cuando desempeña un rol en ‘film’ cinematográfico, no puede ser desconocido, a punto tal de sustraerle del amplio ámbito delineado con acierto por el art. 56 de la ley de propiedad intelectual.”

Resulta de gran importancia la Sentencia del Juzgado Nacional en lo Civil No. 71, de 5 de mayo de 2008 (asunto: Díaz Lastra, José Ángel y otros vs Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.), que considera que “... el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes tiene perfiles propios y originales que le aseguran una categoría autónoma. La interpretación constituye una prestación personal de carácter intelectual y, por tanto, su origen es inseparable de la actividad de una persona física. Conlleva un importante esfuerzo personal de conocimiento de la obra y de dominio de la técnica a fin de interpretar, del modo más fiel, la obra del autor. La labor de un intérprete puede no haber sido grabada o radiodifundida –y ni siquiera difundida en público- y no por ello carece de su especial naturaleza. Es una actividad artística que, como actividad profesional, requiere una regulación particular que la defina con independencia de su carácter laboral”<sup>232</sup>.

Por otra parte, una sentencia más reciente de 10 de septiembre de 2009, dictada por la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la República Argentina, resolvió que “...dentro del producto televisivo y las películas que se reproducen, se encuentran varias personas que laboran para su realización, entre ellos los actores”, quienes “*aportan a ellos sus elementos personales contribuyendo a su creación, creación que es intelectual y que se denomina interpretación*”<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> Sentencia citada por ANTEQUERA PARILI, Ricardo, en *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*, Reus, Madrid 2012, pág. 227.

<sup>232</sup> *Ibid.*, pág. 227

<sup>233</sup> *Ibid.*, pág. 227-228

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México destaca el papel de los artistas como generadores de cultura “al expresar que cuando la Ley Federal del Derecho de Autor de ese país tiene por objeto ‘la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación... no deja de incluir los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, que constituyen sin duda, una manifestación de cultura y, por tanto, dignos de ser protegidos’, ya que ‘... es incuestionable que los artistas intérpretes o ejecutantes, contribuyen a la creación del bagaje y acervo cultural de la Nación’”<sup>234</sup>

En el ámbito del *Copyright*, la jurisprudencia estadounidense viene considerando a los artistas como coautores (*joint authors*) de las obras interpretadas o ejecutadas. Así, el Tribunal Supremo de Pensilvania, al resolver en 1937 el asunto de *Waring vs WDAS Broadcasting Station*<sup>235</sup>, declaró que es el intérprete el que consume la obra, transformándola en imagen y sonido, y que al hacerlo “contribuye a crear algo nuevo de valor intelectual o artístico, participando sin ningún género de dudas en la creación de un producto sobre el que tiene un derecho de propiedad”<sup>236</sup>.

El Comité Judicial del Congreso estadounidense, en su informe de 3 de septiembre de 1976<sup>237</sup>, se remite a la jurisprudencia, al menos para determinar la condición de *originalidad* – “los dos criterios fundamentales para la protección del *copyright* – originalidad y fijación en un medio tangible - se reafirman en la primera frase de esta disposición<sup>238</sup> básica. La frase *obras originales de autoría*, que se mantiene indefinida a propósito, tiene por objeto incorporar sin cambios el estándar de originalidad establecido por los tribunales”<sup>239</sup>.

En este sentido, el Tribunal de Apelaciones del quinto circuito, en *Easter Seal vs. Playboy Enterprises*<sup>240</sup>, declaró que tanto los artistas en el escenario como los cámaras pueden ser considerados *autores conjuntos* de la obra cinematográfica, definiendo a la misma como “una obra conjunta consistente en varias contribuciones de distintos autores (...) incluidas las del guionista, las del director, las del fotógrafo, las de los actores y, seguramente, las de otras personas tales como los diseñadores del set y del vestuario”.

---

<sup>234</sup> *Íbid.*, pág. 228.

<sup>235</sup> *Waring vs. WDAS Broadcasting Station*, 194 A. 631 (Pa. 1937).

<sup>236</sup> *Id.*, en págs. 634-635.

<sup>237</sup> House Report No. 94-1476 (Copyright Law Revision).

<sup>238</sup> Sección 102(a) CA.

<sup>239</sup> House Report No. 94-1476 (Copyright Law Revision), pág. 51: “The two fundamental criteria of copyright protection – originality and fixation in tangible form – are restated in the first sentence of this cornerstone provision. The phrase *original works of authorship*, which is purposely left undefined, is intended to incorporate without change the standard of originality established by the courts”.

<sup>240</sup> *Easter Seal vs. Playboy Enterprises*, 815 F.2d 323 (5th Cir. 1987).

Por tanto, y conforme al CA y a la jurisprudencia, los artistas intérpretes, en la medida en que su interpretación sea suficientemente original, pueden considerarse coautores materiales de las obras audiovisuales, y, como tales, titulares del *copyright* sobre las mismas. Sin embargo, y como hemos visto, la cuestión de dicha cotitularidad sería meramente teórica en el caso de las obras audiovisuales, toda vez que al ser obras realizadas por encargo, el *copyright* corresponde íntegramente al productor de las mismas. A este respecto el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, en *Silvers vs. Sony Pictures Entertainment, Inc.*<sup>241</sup>, recuerda cómo el *copyright* de una obra cinematográfica no corresponde, en dicho asunto, a su guionista, sino al productor, en la medida en que la referida obra fue realizada por encargo.

## 9.- CONCLUSIONES PARCIALES.

- 1ª.- Uno de los principales obstáculos para el estudio, comprensión y entendimiento de una materia especializada como la propiedad intelectual –y dentro de ésta, las interpretaciones audiovisuales- lo constituye los conceptos y la nomenclatura, también especial, de la institución. De manera que sólo a través de un conjunto de definiciones y delimitaciones conceptuales precisas podremos adentrarnos en el estudio propuesto, salvando los obstáculos dogmáticos y conceptuales sedimentados por el tiempo y por ciertas corrientes doctrinales y legislativas imperantes durante el siglo XX. Por ello, tras dejar sentadas las relaciones de analogía -que no de jerarquía- que median entre los derechos atribuidos al autor y los “otros derechos” atribuidos al artista-actor, se ha desplegado todo un esfuerzo delimitador de conceptos relacionados o imbricados con nuestro objeto de estudio hasta alcanzar la conceptualización de éste.
- 2ª.- De hecho, el marco normativo nacional e internacional hasta fechas recientes ha sido víctima de la desidia del legislador y de esa construcción dogmático-conceptual que ha operado a modo de criterio delimitador para excluir o atribuir una protección inferior a cualquier fruto de la creación que no se identificara con los conceptos tradicionales de obra y autor. Gran parte del presente capítulo se dedica a superar esas tesis y a ofrecer nuevos enfoques a distintas figuras jurídicas con el propósito de que un día hallen correspondencia entre su esencia real y material y su regulación positiva.
- 3ª.- Las definiciones descriptivas que nos ofrecen las normas acerca de lo que se ha de

---

<sup>241</sup> *Silvers vs. Sony Pictures Entertainment*, 402 F.3d 881-883 (9th Cir. 2005).

entender por “artista intérprete o ejecutante”, artista y actor no resuelven ni tan siquiera los problemas que crean. Su errática configuración en la Convención de Roma de 1961 se extendió en las legislaciones nacionales dando lugar a no pocos conflictos. También la denominación peyorativa de los derechos intelectuales atribuidos al artista de *afines*, *vecinos* o *conexos* respondía a un sentir doctrinal y a unos intereses económicos bien localizados, pero, en todo caso, de efectos perniciosos y perversos en el proceso de regular coherentemente las interpretaciones artísticas en general y las audiovisuales en particular.

- 4ª.- Así pues, desde una perspectiva jurídico-funcional –pero teniendo siempre presente el alcance de su actividad creativa que será objeto de estudio en el siguiente capítulo-, podríamos definir al actor como aquél artista dotado de entidad subjetiva propia, cuya actividad principal consiste en crear y transmitir emociones, conocimientos, ideas e imágenes a través de la construcción de personajes de ficción partiendo de las bases descriptivas de un guión, libreto u obra dramática, utilizando su inteligencia emocional y otras cualidades mentales como la imaginación o la abstracción, así como recursos expresivos de carácter personalísimos como su voz, cuerpo, movimientos, gestos y otras técnicas expresivas.
- 5ª.- Consecuencia de todos los análisis y delimitaciones referidos, considerando, asimismo, la verdadera actividad creativa del actor y la definición previa ofrecida, se ha logrado alcanzar como cuestión fundamental una conceptualización -definición y concepto- integradora y prototípica de nuestro objeto de estudio, en los siguiente términos: toda interpretación o ejecución artística original (comúnmente la desarrollada por un actor o por otro tipo de artistas que actúan en la misma condición) realizada ante y/o para la cámara, ya sea mediante la actuación de un personaje de ficción previamente concebido por el actor, mediante la interpretación de una obra literaria preexistente o mediante la improvisación, cuyo fin es su fijación –grabación- en un soporte, dispositivo, medio o sistema audiovisual –constituya éste una obra audiovisual o una mera grabación audiovisual- que permita su almacenamiento y visualización por cualquier persona con capacidad visual y sea, asimismo, susceptible de ser explotada mediante aparatos, dispositivos o sistemas de reproducción, transmisión o difusión de la imagen en movimiento, ya sea bajo las diferentes formas de comunicación pública -incluida la puesta a disposición y la radiodifusión-, la distribución de los soportes que las contienen en forma de alquiler o venta, etc.

- 6ª.- Y, partiendo de esas construcciones conceptuales, el presente capítulo se ha adentrado en el análisis acerca de delimitar las interpretaciones audiovisuales definiendo las más habituales y excluyendo otras, bien por estar reguladas en otros ámbitos del derecho, bien por no reunir los requisitos básicos para ser susceptibles de amparo por la propiedad intelectual. Dicho esfuerzo delimitador, a su vez, nos ha llevado al tema de la fundamentación jurídica de la protección de nuestro objeto de estudio que, contando ya con regulación positiva no puede dudarse de su fundamento, sin embargo, se hace necesario tanto para superar viejas concepciones como para ahondar en las delimitaciones propuestas. En esta materia, los contornos terminológicos y las concepciones han jugado también un papel decisivo y no siempre positivo. La ratificación de las premisas y requisitos de protección generales de la propiedad intelectual y de las particulares de las interpretaciones audiovisuales, nos han arrojado diversos argumentos nada desdeñables para reforzar las bases del presente estudio.
- 7ª.- Así, se ha podido concluir que, por lo que concierne al requisito principal y fundamental de la originalidad en la interpretación audiovisual se refiere, podemos sentar las siguientes conclusiones: 1ª.- que la actividad artística que desarrolla un actor para crear una interpretación audiovisual es inexorablemente original, tanto en sentido objetivo como, sobre todo, en su perspectiva subjetiva; 2º.- en sentido objetivo porque constituye un resultado creativo completamente diferente, autónomo y único al planteado -solo potencialmente- en la obra literaria preexistente, con la que no guarda ya relación sino con otra obra también nueva -que partió asimismo de las previsiones de la literaria- cual es la audiovisual, o con ninguna otra cuando la interpretación audiovisual se constituye en una creación u obra autónoma o se fija en una grabación audiovisual; 3º.- en sentido subjetivo, porque, a diferencia del proceso creador de cualquier otro autor o creador, el proceso de externalización del personaje audiovisual ideado por el actor sólo cabe hacerse a través de recursos personalísimos -voz, gesto, cuerpo, movimiento, silencio, pausa y mirada- pertenecientes a la personalidad del actor y no por intermediación de instrumentos o artificios, de manera que el actor no solo imprime su impronta personal a su actuación fijada sino que le presta sus atributos personalísimos, lo que hace imposible el plagio o la estandarización de su proceso de plasmación formal de su personaje; 4º.- finalmente, la claridad de esos criterios conclusivos y la definición de la interpretación audiovisual prototípica -la que realiza un actor actuando un personaje previamente creado por él- se erigen como criterio delimitador solvente para determinar qué actividades artísticas carecerán de la suficiente originalidad como para quedar excluidas del ámbito de la

propiedad intelectual, constituyendo éstas, *de facto*, la excepción frente a la regla general de concurrencia del requisito de originalidad en la inmensa mayoría de interpretaciones audiovisuales.

8ª.- Para alcanzar las anteriores conclusiones principales, ha sido necesario, asimismo, afrontar, con carácter previo y general, el estudio de aspectos que serán abordados con mayor detenimiento en el siguiente capítulo, de cuyo entendimiento inicial se obtendrán clarividencias nada desdeñables, a saber: de un lado, 1º.- se han descrito someramente las tres fases de la creación actoral: a) *fase de preparación o estudio*, en la que se incardinan la lectura y el estudio del texto de la obra preexistente (*interpretación hermenéutica*) para entender su sentido y contenido; b) *fase de construcción o creación del personaje audiovisual*, en la que, partiendo del estudio de texto, el actor configura con esos elementos y con otros propios un nuevo personaje audiovisual –inexorablemente diferente al literario- que va a ser objeto de externalización mediante la actuación y de fijación; c) *fase de actuación o interpretación del personaje audiovisual* ante y/o para la cámara con el propósito de que quede fijado en una determinada forma; y de otro lado, 2º.- que el proceso creativo del actor se desarrolle en tres fases - exactamente igual que las tres fases de cualquier proceso creativo-, nos ayuda distinguir dos modalidades de interpretación – admitidas etimológica, jurídica y filosóficamente-, desplegadas en dos fases diferentes del proceso creativo, a saber: a).- la *interpretación hermenéutica* de la obra literaria preexistente, que es el acto desarrollado en la fase previa o preparatoria para luego poder construir el personaje de la manera más fiel y coherente con el sentido de dicha obra, equivalente a interpretar un texto para desentrañar su contenido; y b).- *interpretación artística o actuación*, que consiste en dotar de vida y singularidad mediante su actuación a un personaje previamente concebido por el artista/actor.

9ª.- En definitiva, entendidos y asumidos los anteriores argumentos conclusivos en torno a las delimitaciones conceptuales de nuestro objeto de estudio y su fundamentación jurídica, nos hallamos en disposición de proseguir con nuestra investigación de la mano de conceptos y fundamentos seguros.



### *CAPÍTULO III*

## **LA DIMENSIÓN CREATIVA, ARTÍSTICA, ECONÓMICA Y SOCIAL DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES**

### **1.- PLANTEAMIENTO GENERAL.**

La orfandad normativa relativa que venimos denunciando y el escaso tratamiento doctrinal que han recibido las interpretaciones audiovisuales, así como la actividad creativa del artista en general y la del actor en particular, nos obliga a formular una serie de consideraciones fácticas de diverso calado y naturaleza con el propósito de ofrecer un estudio lo más completo y profundo posible de los supuestos de hecho y de los bienes jurídicos objeto de regulación por la propiedad intelectual, al tiempo que constituyen las premisas básicas y fundamentales para sostener la columna vertebral de la presente Tesis.

Hasta donde alcanza nuestro conocimiento, es la primera vez que se abordan estas cuestiones con el propósito de dotar de todos los elementos fácticos posibles a la fundamentación jurídica que aboga, mayoritariamente, por una regulación y un tratamiento jurídico, en general, más justo, real y equilibrado. Es nuestra intención deshacer entuertos, prejuicios y errores apriorísticos de nefastos efectos en la materia objeto de estudio, y para ello acudiremos a las fuentes originarias y multidisciplinarias en busca de la verdad de las cosas, de su belleza intrínseca y de sus formas.

Nuestro planteamiento para afrontar un punto tan fundamental como el propuesto se concreta en el siguiente esquema, a modo de silogismo:

1º.- En primer lugar, indagaremos las premisas fácticas y básicas de la creatividad y del proceso creativo, con la intención de poner de manifiesto tal vez lo obvio, es decir, lo que en ocasiones cuesta más evidenciar cuando el tema se halla disfrazado de intereses, prejuicios, desconocimientos y preterintencionalidades varias, a saber: que, de un lado, a) el resultado creativo digno de amparo jurídico es siempre fruto de la mente del hombre y de su actividad física que lo ejecuta y le da forma o realidad externa, lo cual acontece en todas las formas de creación artística, científica, industrial, etc.; y que, de otro lado, b) el proceso creativo en todas



las manifestaciones artísticas es muy similar, todas o casi todas –en terminología aristotélica- son imitación (mimesis), esto es, representan la realidad o la naturaleza mediante un artificio o ficción, sin que las diferencias de objeto, medios y formas de imitación justifiquen una suerte de consideración jerarquizada de méritos o valores que puedan trascender al campo jurídico para, a su vez, justificar un tratamiento normativo también diferenciado.

2º.- En segundo lugar, yendo de lo general a lo particular, entraremos al análisis del verdadero trabajo o actividad creativa del actor, tan desconocido para el gran público como para el legislador nacional e internacional, así como para una parte de la doctrina jurídica. Observaremos, por su peso, que el actor – en cuanto que principal artífice de las interpretaciones audiovisuales- es quien crea el personaje audiovisual que queda fijado en un soporte o sistema de esta naturaleza y que es con el que el espectador se identifica para adquirir las ideas, conceptos, emociones y demás contenidos propios concernidos en el arte de la interpretación. Todo ello, sin perjuicio de que el personaje literario se halla descrito o creado ya en un guión o libreto, pues se trata de dos personajes diferentes, aunque el uno basado en el otro, y para explicar esa diferencia esencial acudiremos a la teoría aristotélica de “la potencia y el acto”, dado que el personaje literario es potencia y el audiovisual es acto, fruto éste del trabajo creativo del actor, que incorpora a aquél elementos esenciales de su personalidad como la voz, tonos, movimiento, gesto, pausa, ritmo, silencios, imagen y toda la acción requerida para dotarle de vida y de elementos propios. El proceso creativo del actor presenta, en efecto, similitudes y diferencias evidentes respecto de otros creadores intelectuales, mas las diferencias en absoluto operan en desmedro de su carácter de creador intelectual sino todo lo contrario, tal y como tendremos oportunidad de observar sin esfuerzo.

3º.- En tercer lugar, el análisis general de las dimensiones económica y social de las interpretaciones audiovisuales nos aportará, asimismo, nuevos fundamentos legitimadores de una protección jurídica de tales bienes jurídicos por parte de la propiedad intelectual acorde a su relevancia, pues quedará acreditado –sin perjuicio de su carácter público y notorio- que aportan un valor -tal vez superior al de otros contribuyentes creativos de la obra audiovisual- de extraordinaria importancia al contenido económico, comercial, cultural y social a esa tipología de obras que, asimismo, son objeto de consumo y disfrute masivo en la sociedad de nuestro tiempo, toda vez que constituyen la base de los diferentes modelos de negocio televisivos o audiovisuales, recibiendo por todo ello una valoración muy considerable por parte del productor, del público-espectador, de los operadores del mercado audiovisual y de otros sectores en los que inciden de manera decisiva como el turístico, la exportación de diferentes productos, etc.

Dimensión y valoración, incluso en términos directos e indirectos del PIB nacional nada desdeñables, que, sin embargo, contrasta con la precariedad del marco regulatorio vigente en España, aún contando con un nivel de protección superior y más completo que el de muchos otros países productores de contenidos audiovisuales de ficción.

4º.- Finalmente, consecuencia de todos los análisis anteriores, fijaremos, con criterio recopilatorio y sintético, unas conclusiones generales sobre todos los extremos abordados en este Capítulo, con el propósito de que tales apoyos técnicos, fácticos y científicos queden ya definitivamente establecidos para que produzcan sus efectos clarificadores y fundamentadores a lo largo de la presente Tesis.

## **2.- PREMISAS FÁCTICAS Y CIENTÍFICAS FUNDAMENTALES.**

### **2.1.- Creatividad y propiedad intelectual.**

#### **2.1.1.- Introducción.**

Si el objeto de la propiedad intelectual es el resultado del proceso creativo, se hace necesario abordar, siquiera con carácter general y a modo de premisas, tanto la creatividad como el proceso creativo, para después poder indagar si el trabajo que desarrolla un actor o un bailarín responde o no a esos parámetros y, consecuentemente, precisa de la protección especial que brinda el sistema de propiedad intelectual a sus interpretaciones audiovisuales, como así lo hace con otros resultados creativos.

Y sucede que la creatividad, con independencia de que su fuente principal es el intelecto, trata de satisfacer tanto lo material como lo espiritual, tanto el cuerpo como el alma –podríamos decir. Lo material a través de la innovación que ampara en todas sus manifestaciones la propiedad industrial, lo espiritual a través de la propiedad intelectual –derecho de autor o *Copyright*-, siendo la propiedad intelectual en sentido amplio la institución compresiva de esos dos ámbitos de protección de los bienes inmateriales.

En efecto, la propiedad intelectual en sentido amplio tiene por objeto la protección de varios resultados creativos, originales y novedosos, fruto de las capacidades mentales del ser humano. Así, las creaciones o invenciones que se orientan hacia un fin pragmático, utilitario, material y a

la mejor satisfacción de las necesidades fisiológicas y básicas del ser humano se hallan amparadas por la propiedad industrial a través de sus diversas figuras jurídicas, sobre todo mediante patentes y marcas. En tanto que el Derecho de autor (*Copyright* o propiedad intelectual en sentido restrictivo) ampara creaciones que se orientan a la satisfacción de necesidades espirituales, fundamentalmente.

Con esos dos campos de la creatividad humana, en absoluto se agotan las manifestaciones de la creatividad, pues ésta tiene por objeto toda suerte de actividad, objetivos y necesidades del ser humano. Su estudio desbordaría con creces los propósitos de esta Tesis, de ahí que nos limitaremos a abordar la creatividad de una manera más restrictiva o acotada, a saber: la más referenciada hacia la artístico-intelectual y, dentro de ésta, a la protegida por el sistema especial de la propiedad intelectual (Derecho de autor o *Copyright*).

Efectivamente, la propiedad intelectual (Derecho de autor o *Copyright*), ya hemos dicho, tiene como bien jurídico protegido el resultado de la actividad creativa<sup>242</sup>, ya se trate en sentido lato de una obra o de una prestación artística. Pero el objeto de la propiedad intelectual –obra o prestación artística– no se crea solo ni se genera espontáneamente, sino que es el fruto del esfuerzo y las capacidades intelectivas del hombre, siendo esta aptitud, junto con las propias del ámbito del alma o de los sentimientos, tal vez, lo que definitivamente le separa del reino animal. La creatividad del ser humano es la base de su evolución, ya sea mediante la innovación o mediante la capacidad de crear formas externas en las que tales seres vean reflejados sus anhelos, sentimientos, nostalgias, emociones, esperanzas y todo aquello que impulsa a la conducta humana a avanzar en una u otra dirección. No hay elemento más transversal y decisivo, tanto en la conducta individual como en la colectiva de una sociedad o civilización, que su cultura y su educación, esto es, el conjunto de conocimientos y expresiones que logran impulsar el resto de actividades del ser humano.

Por tanto, el estudio de la creatividad –su concepto, configuración intelectual y su proceso– nos permitirá extraer un conjunto de premisas básicas para los fundamentos jurídicos protectores que estamos buscando, al tiempo que nos permite afrontar otro conjunto de premisas fundamentales en torno al trabajo creativo y carácter propio de la condición de actor y de bailarín en cuanto que creadores y titulares originarios de las interpretaciones audiovisuales.

---

<sup>242</sup> Tan es así que, como ya hemos reiterado *ut supra*, nuestra Carta Magna ubica y ampara la propiedad intelectual en sede de su art. 33 –*propiedad privada*–, y no en su art. 20.1.b, pues su objeto o bien jurídico protegido no es la libertad de creación o de expresión –sin la cual es difícil crear arte–, sino el resultado del proceso creativo: la obra o la prestación artística.

El carácter complejo y especial del Derecho de autor, así como su confusa evolución en algunas etapas, junto con la concurrencia y desequilibrio de intereses varios, nos obliga, por consiguiente, a retornar a la esencia del tema y abordar sin prejuicios el bien jurídico protegido, para extraer la obligada reformulación de aquellas premisas necesarias que nos permitan establecer el fundamento jurídico protector de las interpretaciones audiovisuales acorde a su verdadero carácter y realidad jurídica, económica y social.

Y todo ello como consecuencia del trato injusto, injustificado y hasta peyorativo que la interpretación artística en general, y la actoral en particular, ha recibido de algunos sectores de la doctrina científica, de la propia industria cultural y del legislador.

### **2.1.2.- La creatividad.**

Creatividad (del latín, *creare*) significa engendrar<sup>243</sup>. Y crear o engendrar significa alumbrar algo nuevo que antes no existía o existía en otra forma.

Siendo así, la creatividad puede ser definida como la capacidad intelectual para generar un cambio o una transformación mediante el establecimiento de ideas, conceptos, asociación de ideas y conceptos preexistentes, pensamientos, argumentos, formas, procesos, etc., novedosos y originales.

En términos más descriptivos, la creatividad consiste en identificar un problema o un objetivo complejo y resolverlo de modo original<sup>244</sup>. Para identificar el problema o el objetivo, se precisa de diversas capacidades como la inteligencia, la memoria, la intuición, la imaginación, la abstracción, etc.; y para resolverlo adecuada y originalmente hacen falta esas mismas capacidades orientadas a la búsqueda y expresión -exteriorización- de una idea, un concepto, un proceso, una forma, una estructura, un fundamento nuevos. Si la búsqueda de la solución llega a buen puerto y se halla, dicho hallazgo constituye un cambio que denominamos creación, siempre que dicha solución sea nueva u original.

---

<sup>243</sup> Dicha capacidad intelectual del ser humano siempre ha existido, pues resulta consustancial al mismo, y es la facultad que más le ha permitido progresar respecto de otras especies, pero tanto su conceptualización como su estudio han sido relativamente recientes, en las dos últimas décadas fundamentalmente. Interés reciente pero muy intenso como consecuencia de la trascendencia económica, social, política y cultural que ha alcanzado la denominada Sociedad de la Información o del conocimiento, de tal forma que el valor de los intangibles, frutos de la creatividad y de la inventiva de toda índole, han pasado a encabezar los activos más determinantes de las empresas y países más relevantes de la actual era en todo el planeta.

<sup>244</sup> De hecho, como sinónimos del concepto “creatividad” podemos apuntar los siguientes: inventiva, pensamiento original, imaginación constructiva, pensamiento divergente o lateral, pensamiento creativo, etc. Ciertamente que el término “inventiva” se utiliza de manera más específica para hacer referencia a descubrimientos científicos e inventos técnicos protegidos por la propiedad industrial.

La creatividad, en cuanto capacidad de generar nuevas ideas, formas, soluciones o conceptos, es propia de la cognición humana, del *homo sapiens*, aunque también se pueda encontrar en algunos primates superiores. Si bien en este último caso el fruto de su creatividad no trasciende de manera relevante a los efectos aquí considerados, sino que más bien es la respuesta a determinados estímulos y necesidades olfativas, fisiológicas o visuales.

La creatividad, en todo caso, nace del intelecto, consecuencia de varios procesos y capacidades mentales que, en su mayoría, no obstante su existencia y efectos acreditados, aún no cuentan con una explicación científica ni empírica unánime, dadas las dificultades que entraña siempre el estudio del cerebro humano.

Se dice, en todo caso, que la creatividad es fruto de varias capacidades cerebrales tales como la inteligencia, la imaginación, la memoria, la intuición, el raciocinio, la abstracción, etc. Por tanto, podemos sentar, siquiera instrumentalmente, que la creatividad siempre es intelectual, en cuanto que fruto de la actividad mental y se puede manifestar en todos los ámbitos de la vida y de la actividad humana. Ahora bien, de entre las facultades propias del intelecto humano, la imaginación, que supone la capacidad de pensar en imágenes, es de suma importancia en casi todas las manifestaciones de la creación artística y de la innovación.

De otro lado, el intelecto, en cuanto capacidad cognoscitiva racional del hombre, imprime a éste la facultad de pensar, comprender, razonar y desarrollar representaciones mentales de la realidad, de conceptos e ideas y relacionarlas entre sí, además de tener conciencia de sí mismo. El propio concepto “intelecto”, como los demás conceptos de esta área de conocimiento, siempre está tachado de relatividad y ambivalencias<sup>245</sup>, no obstante siendo clara su existencia y concurso en todo proceso creativo<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> Y en este sentido, aún con sus carencias empíricas, se habla comúnmente de las capacidades propias de cada hemisferio cerebral de cara a sus virtualidades creativas, siendo así que, aun tratándose de hemisferios físicamente idénticos, sin embargo, desarrollan capacidades y actividades diferentes, a saber: el hemisferio derecho (curiosamente, más activo en los zurdos) se le relaciona con el pensamiento divergente o lateral, al orientarse hacia las facultades de visión –memoria visual incluida- el sentido espacial, la forma, el color y la creatividad en artística en general; en tanto que el hemisferio izquierdo (más activo en los diestros) se orienta hacia capacidades propias de la lógica deductiva, la inducción y el lenguaje, esto es, hacia el denominado pensamiento convergente. La diferencia de competencias entre ambos hemisferios cerebrales, al parecer, es exclusivo de la mente humana.

<sup>246</sup> De entre las cinco formas –niveles- de creatividad que define TAYLOR, a los fines propuestos nos interesa destacar cuatro: i) el nivel expresivo, que lo relaciona con nuevas formas para expresar sentimientos –emociones-; ii) nivel innovador, en el que interviene la originalidad; iii) el nivel emergente, que, yendo más allá de los principios, conceptos e ideas tradicionales, genera una nueva solución, realidad o principios; y iv) el nivel inventivo, común a la ciencia y al arte, en el que el individuo ha desplegado un gran nivel de imaginación y percepción –de creatividad- para generar esas nuevas y originales soluciones, ideas, principios, formas, relaciones y realidades. (TAYLOR, Alfred E., *The problem of conduct. A study in the phenomenology of ethics*, McMillan & Co. Ltd., Londres, 1901).

También se distingue, con las advertencias anteriores, entre pensamiento o inteligencia convergente o convencional y pensamiento o inteligencia divergente o lateral, para concluir, no de manera unánime ni absoluta, que la primera modalidad se inspira más hacia el proceso lógico-deductivo y racional de lo ya establecido o convencional, sin aspirar a alterar las reglas y conceptos ya dados, aunque también puede concluir en un resultado novedoso y original, cual sucede, *v.gr.*, con el razonamiento científico en general. Mientras que la segunda atesora mayor potencial creativo, dado que la inteligencia o pensamiento divergente o lateral conduce a un pensamiento original e innovador *per se*, superando convencionalismos y pautas comunes para alcanzar soluciones originales, nuevas, y producir cambios; siendo, por tanto, esta modalidad de pensamiento la más proclive a la creatividad intelectual y artística, pues presenta perfiles más subjetivos e intenta aglutinar raciocinio, emociones, sensaciones, espacios, imágenes, sonidos, ritmos y otros elementos de manera integradora, y analizarlo como un todo, y no tanto de manera deductiva, analítica o fragmentada.

Ahora bien, el proceso creativo precisa tanto de elementos o factores emocionales o divergentes como racionales y convergentes. La llamada inspiración o el *eureka* de Arquímedes suele sorprender tanto en los procesos lógico-deductivos convencionales (pensamiento convergente) como en el llamado pensamiento divergente o lateral<sup>247</sup>.

Desde un punto de vista extrínseco, sin embargo, el nivel o forma de creatividad se valora y se clasifica en función de los resultados, de su forma externa. Es decir, tanto la valoración social como económica y jurídica de la creatividad se infiere de su forma externa, de su manifestación en forma de creación –resultado– original perceptible por los sentidos.

De lo anterior se siguen, en cualquier caso, dos premisas fácticas de indudable trascendencia para la presente Tesis sobre el carácter creativo del trabajo del actor: de un lado, que la creatividad emana del intelecto, de manera que podemos decir que la creatividad es intelectual, aunque se proyecte sobre objetos y fines diversos, o se externalice bajo formas o técnicas diferentes; y, de otro, que la creatividad lleva intrínseco el concepto o cualidad de originalidad.

---

<sup>247</sup> Ya dijo al respecto el célebre Pablo Ruíz Picasso, “cuando llegue la inspiración, que me encuentre trabajando”. Por tanto, la conjunción de capacidad creativa, esfuerzo, técnica y otros elementos son los ingredientes necesarios para dar como resultado una creación intelectual en sentido lato. Porque el resultado creativo suele ser fruto de varias capacidades y circunstancias, con mayor incidencia de unas respecto de otras pero todas ellas necesarias.

### 2.1.3.- El ser humano creativo: el *Homo Sapiens*.

Todo ser humano dotado de capacidad mental es creativo por excelencia<sup>248</sup>. En mayor o menor medida y en cualquier ámbito de la vida o de la actividad humana, la inteligencia y las demás capacidades mentales permiten al hombre solucionar los problemas de toda índole y evolucionar. Científicamente<sup>249</sup>, la inteligencia es la capacidad de resolución de los problemas, y éstos pueden ser pragmático-materiales –precisando una solución técnica- o espirituales, cuya solución, amén de técnica, requiere explorar la inteligencia emocional y las experiencias vitales. Mas no sólo de inteligencia se nutre la creatividad del ser humano, tal y como hemos visto *ut supra*, sino que concurren otras cualidades, funciones o capacidades mentales tales como la imaginación, las emociones, la abstracción, la intuición, el raciocinio propiamente, la memoria, entre otras, y hasta el subconsciente o inconsciente.

GARDNER<sup>250</sup>, en su teoría sobre las *Inteligencias Múltiples* clasifica, en pie de igualdad, siete tipos de inteligencia (o capacidades intelectivas), que destacamos, a los efectos aquí propuestos, por sus influencias creativas: a) la inteligencia *lingüística* como capacidad para usar las palabras y el lenguaje de manera correcta o precisa, apoyada en ambos hemisferios cerebrales, y es propia de escritores, periodistas, poetas...; b) la inteligencia *lógico-matemática*, en cuanto que capacidad para resolver problemas de lógica y matemáticas, ubicada en el hemisferio lógico del cerebro, y es la utilizada por el razonamiento científico, matemático y filosófico; c) la inteligencia *musical*, o capacidad de “oído”, es la base de todas las artes musicales y danzas al poseer un alto componente del ritmo, por tanto, propia de músicos, cantantes y bailarines (si bien el ritmo y la composición musical guarda también relación con la inteligencia lógico-matemática); d) la inteligencia *espacial*, en cuanto “capacidad para formarse un modelo mental de un mundo espacial y para maniobrar y operar usando este modelo”; dicha capacidad mental dotada de la virtualidad de observar y componer espacios, líneas, figuras, formas y sus relaciones en tres dimensiones, siendo tales capacidades necesarias para ámbitos tales como el diseño, la arquitectura, la escultura y la pintura; e) la inteligencia *corporal y cinética*, que la define como

---

<sup>248</sup> GARDNER, psicólogo norteamericano, profesor de la Cátedra de Cognición y Educación de la Universidad de Harvard, director del *Harvard Project Zero* y autor, entre otros, del libro *Las estructuras de la mente* (publicado en 1983), donde definía la inteligencia como un potencial (capacidad) que cada ser humano posee en mayor o menor grado, planteando que ésta no podía ser medida por instrumentos normalizados en test de CI. Según este autor, la inteligencia no puede ser medida objetivamente, pero sí puede ser observada y desarrollada a través de una serie de criterios científicos que él mismo apunta.

<sup>249</sup> En realidad no existe una definición de inteligencia comprensiva de todas las capacidades que implica, ni la doctrina científica ha logrado unificar un concepto de común aceptación. Porque la inteligencia puede estar integrada por capacidades múltiples y diversas tales como las de pensar, entender, percibir, asimilar, almacenar o retener y elaborar información, resolver problemas, etc. De hecho, nuestro Diccionario de la lengua española de la RAE, tanto en su edición 22ª (2001) como en la 23ª (2014), entre las acepciones que dispone para definir “inteligencia”, a los efectos que aquí interesan, destacan las dos primeras: capacidad de *entender o comprender* y capacidad de *resolver problemas*.

<sup>250</sup> GARDNER, Howard, *Inteligencias múltiples*, Ed. Paidós (Espasa Libros), 5ª impresión, Barcelona, 2015, págs. 29-30,

una cualidad “para resolver problemas o para elaborar productos empleando el cuerpo” y, por tanto, relacionada con la capacidad de coordinar y controlar los movimientos del cuerpo y expresar sentimientos, ideas y conductas con dicho cuerpo, por lo que es la capacidad propia de los atletas, cirujanos, artesanos, bailarines, actores y mimos; f) la inteligencia *interpersonal (emocional)*<sup>251</sup>, en cuanto capacidad para entender a las otras personas y, consiguientemente, referida al reconocimiento y utilización de las emociones y sentimientos propios y ajenos<sup>252</sup>, constituye una herramienta fundamental de las relaciones sociales y de la creación artística, tanto la literaria como la musical, audiovisual y, sobre todo, actoral en todas sus manifestaciones; y g) la inteligencia *intrapersonal*, que la define como una capacidad correlativa y orientada hacia el interior de la persona para formarse un modelo (conciencia) de uno mismo y ser capaz de usar ese modelo para desenvolverse eficazmente en la vida. En definitiva, lo que GARDNER destaca es que no hay un sólo tipo de inteligencia, sino unas capacidades plurales del intelecto, de manera que, concluye, “las inteligencias trabajan juntas para resolver problemas”, que es tanto como decir: para crear soluciones<sup>253</sup>.

Para GOLEMAN<sup>254</sup>, la inteligencia emocional es la capacidad para reconocer sentimientos propios y ajenos, y la habilidad para manejarlos. Considera que la inteligencia emocional puede organizarse en cinco capacidades: conocer las emociones y sentimientos propios, reconocerlos, manejarlos, crear la propia motivación, y manejar las relaciones. Lo que ocurre es que para poder reconocer y manejar tales emociones y sentimientos serán necesarias otras capacidades que emanan -por seguir la nomenclatura de GARDNER- de las inteligencias lingüística y corporal-cinética, así como una amplia capacidad de observación e interpretación de la conducta humana. Tal vez por ello, GOLEMAN también considera que la inteligencia emocional es la capacidad que el ser humano tiene para decir las cosas en el momento correcto, de la manera correcta, con la intensidad correcta y en el lugar correcto a las personas correctas. Y ciertamente, la creación artística en general y la actoral en particular tienen por objeto varias de las capacidades que resultan de las diversas modalidades de inteligencias y, especialmente, de la emocional.

---

<sup>251</sup> Fue otro psicólogo norteamericano, GOLEMAN, quien publicó en 1995 *Emotional Intelligence (Inteligencia Emocional)*, denominación que, no obstante, ya había sido utilizada por Peter Salovey y John D. Mayer en 1990, e incluso Edward Thorndike ya utilizaba en 1920 una terminología similar (*Inteligencia Social*). La comunidad científica se ha mostrado renuente a admitir la teoría de la inteligencia emocional por carecer de rigor empírico y científico. Idéntica reacción provoca cualquier intento de definición del propio término “inteligencia”.

<sup>252</sup> En similares términos define el DRAE, en su edición 23ª de 2014, a la *inteligencia emocional*: “Capacidad de percibir y controlar los propios sentimientos y saber interpretar los de los demás”.

<sup>253</sup> GARDNER, Howard, es autor, además, de libros tales como *Arte, mente y cerebro*; *La nueva ciencia de la mente*; *Mentes flexibles*; *Mentes creativas*, etc., y asimismo ha participado en múltiples programas de investigación de primer orden, lo que le convierte en un autoridad mundial en la materia.

<sup>254</sup> GOLEMAN, Daniel, *Inteligencia Emocional*, Kairós, 91ª ed., (Best-Seller mundial), Barcelona, 2015, págs. 89 y 90.



Sea como fuere, y en todo caso, pese a alguna voz discrepante, parece que la relación inteligencia-creatividad no admite discusión<sup>255</sup>, cuestión distinta es que entre ambas pueda mediar o no correlación. Sólo a través de la inteligencia y de las demás capacidades mentales referidas podemos buscar o crear soluciones a nuestros problemas, inquietudes, sentimientos, emociones, etc., es decir, sólo a través de esas herramientas intelectivas podemos ser creativos. De hecho, la propiedad intelectual en sentido amplio, esto es, la comprensiva tanto del Derecho de autor como de la propiedad industrial, tiene como fuente generadora del bien jurídico protegido los frutos del intelecto (inteligencia, más el resto de capacidades mentales) individual o colectivo. Incluso a los derechos de autor se les suele denominar, asimismo, derechos intelectuales porque su objeto de protección (la creación) nace del intelecto.

Por tanto, el ser creativo lo es porque es un ser inteligente, dotado de intelecto y de las demás facultades mentales. Tanto la inteligencia como la capacidad creativa de un sujeto se puede potenciar y desarrollar adecuadamente con formación, recursos, incentivos, etc. No en vano somos *homo sapiens*, esto es, animales o seres vivos racionales, sabios, con capacidad de conocer, pensar, razonar y aprender, lo cual nos permite, a su vez, realizar operaciones conceptuales complejas mediante el uso del lenguaje, las matemáticas, el pensamiento abstracto, la introspección, etc. Cualidades todas ellas necesarias para alcanzar un resultado creativo, una solución original a un problema o a un objetivo. Cualidades que, a su vez, han permitido al ser humano desarrollar estructuras sociales y culturales complejas mediante la transmisión de información y hábitos por imitación, formación e instrucción.

La creatividad, en efecto, no se puede enseñar como tal, pero sí se puede potenciar mediante el aprendizaje de algunas de las facultades mentales que facilitan el desarrollo de la creatividad. Así, para desarrollar el pensamiento divergente, lo primero que hay que hacer es abandonar la rutina y gran parte de los convencionalismos, lo cual le permite al sujeto desplegar la imaginación para buscar en su mente las habilidades de su pensamiento y de su personalidad<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> Cuestión diferente es que, como cualidades subjetivas y propias de cada sujeto, ni todos los individuos contamos con la misma inteligencia ni con la misma creatividad, ni la relación creatividad-inteligencia puede ser igual en sujetos diferentes, ni cabe establecer reglas de correlatividad entre ambas capacidades. Es decir, puede haber sujetos con gran nivel de inteligencia – bajo la cautela de que los métodos de medición sean eficaces, cuestión muy discutida de antemano – y, sin embargo, tener muy poco desarrollada su creatividad, y viceversa. Pero esa realidad y argumentación, por demás tautológica, en modo alguno empece que exista una relación o un vínculo entre esas dos capacidades diferentes de nuestro cerebro, pero alienadas en torno a la creatividad o a la solución de problemas y objetivos complejos.

<sup>256</sup> La mente del sujeto que ha desarrollado su pensamiento convergente, en efecto, trata de abordar los problemas y los objetivos de manera lógica, racional y deductiva para establecer relaciones convencionales. Sin embargo, los que tienen más desarrollado el pensamiento divergente tienden a utilizar procesos y juicios ilógicos, intuitivos, imaginativos para buscar soluciones novedosas. Tal categorización, no obstante y por todo lo dicho, en modo alguno puede ser absoluta, pues sujetos de características mentales convergentes pueden ser muy creativos y viceversa, solo que cada cual ha seguido caminos y ha utilizado capacidades cerebrales también diferentes o las mismas pero utilizadas de otro modo. En ocasiones se ha demostrado que las personalidades convergentes, convencionales y conformistas reprimen su pensamiento divergente o lateral por temor a perder su prestigio profesional o social y por una suerte de resistencia numantina a apoyarse en la intuición antes que en la razón.

Se puede entrenar la mente, *v.gr.*, para que desarrolle su capacidad de recopilar información y produzca continuos intentos de plantear y resolver problemas, cuya solución puede irrumpir en estados de consciencia o inconsciencia de la mente<sup>257</sup>. La capacidad mental de construir conceptos se erige como una herramienta de pensamiento fundamental, pues de esta manera la información que contiene el cerebro sobre un tema o problema se halla ordenada de cara a que, en cualquier momento, la interacción de tales conceptos suministren una o varias soluciones.

Por tanto, también el subconsciente o inconsciente de la mente humana trabaja permanentemente sobre ideas, sensaciones, datos e informaciones, pero lo hace al margen del razonamiento lógico y volitivo propio del estado consciente, lo cual le atribuye un papel relevante en el proceso creativo. La mente inconsciente percibe la información de manera diferente y la registra en la memoria, donde subyace en el subconsciente y en cualquier momento, sobre todo cuando la conciencia se libera de la lógica y del raciocinio, cual ocurre durante los sueños, puede aflorar en forma de pensamiento, advirtiendo aspectos que durante el sueño nos eran desapercibidos, de manera que, parte de esas informaciones, puede que sean nuevas soluciones y una de ellas sea la que la mente consciente estaba buscando para resolver el problema planteado.

Consecuentemente, podemos afirmar que, junto a la inteligencia propiamente dicha, en el proceso creativo concurren otras cualidades o capacidades cerebrales tales como el raciocinio, la percepción, la emoción, la memoria, la voluntad, el inconsciente y, sobre todo, la imaginación y la intuición<sup>258</sup>. De hecho, el término pensamiento, en cuanto concepto comprensivo de todos los productos que la mente puede generar, se identifica con el término mental, e incluso intelecto, para hacerle responsable de operaciones abstractas, racionales, creativas, artísticas, etc.

GARDNER<sup>259</sup>, en su obra *Las cinco mentes del futuro*, ubica entre las cinco capacidades cognitivas más valoradas y demandadas en el futuro –si no ya en el presente– a la “mente creativa”. Creatividad que predica de todo sujeto y que la vaticina un gran futuro en todos los campos del saber y de la actividad humana. La persona que no desarrolle su creatividad en el área de trabajo de que se trate, correrá el riesgo de verse sustituido por un ordenador<sup>260</sup>.

---

<sup>257</sup> De hecho, varias de las actividades y funcionalidades del subconsciente nacen del hemisferio derecho del cerebro, que procesa bajo el método de síntesis, y que se erige como integrador de las facultades relacionadas con el pensamiento divergente tales como las sensaciones, prosodia, sentimientos, habilidades, sonoras, espaciales y visuales. El hemisferio derecho no sólo integra esa variedad de facultades, habilidades e informaciones sino que las transmite como un todo, siendo que, además, esa forma de operar es la necesaria para los procesos visuales y de orientación espacial, tan fundamental en ámbito artístico.

<sup>258</sup> Se dice que la razón ocupa menos espacio en el cerebro que la intuición. Se dice también que la creatividad emana de la fantasía y de la imaginación mucho más que del pensamiento lógico, pues para ser creativo u original hay que buscar más allá de los convencionalismos y de la realidad de las cosas.

<sup>259</sup> GARDNER, Howard, *Las cinco mentes del futuro*, traducido por Ferran Meler, Ed. Paidós, Barcelona, 2008.

<sup>260</sup> En concreto, GARDNER dice: *Los individuos sin capacidades creativas serán sustituidos por ordenadores* –GARDNER, Howard, *Las cinco mentes*, *óp. cit.*, pág. 37

La aparición del comportamiento humano moderno significó el más importante cambio en la evolución de la mente humana, dando lugar a que el ingenio creativo humano le llevara a dominar su entorno paulatinamente<sup>261</sup>. El *homo sapiens* siempre fue un ser sociable y el único que pudo desarrollar estructuras sociales y mentales complejas. La relación entre la vida comunitaria y la evolución de la mentalidad del ser humano parece haber incidido en el desarrollo de las capacidades mentales, es decir: la necesidad de relacionarse ha incentivado la inteligencia (mente) y ésta ha buscado nuevas formas de comunicación y de evolución<sup>262</sup>. El poder del aprendizaje social es incuestionable, como también lo es que las neuronas captan todas las circunstancias del entorno, de manera que cualquier cambio en la conducta afectará al cerebro. Consecuentemente, si se cultivan hábitos emocionales positivos, el individuo desarrollará emociones más positivas (como la empatía y la colaboración, que son habilidades adquiribles con entrenamiento y formación). En definitiva, las relaciones sociales inciden mucho en la evolución de la inteligencia (mente) humana, su fisionomía y su forma de comunicación, lo que, a su vez, adquiere especial trascendencia para explicar el fenómeno social del arte o de la expresión artística como fruto de la mente humana, pero también como una necesidad de comunicación social.

Precisamente, la herramienta que ha desarrollado intelectivamente el hombre y que más incide en los procesos creativos ha sido el lenguaje, en sus diferentes manifestaciones. Amén de obvio, ya hemos dicho en repetidas ocasiones que la vida de cada ser humano es diferente y única, con una inteligencia y capacidad creativa también únicas, pero esa diversidad, sin embargo, puede concurrir en un mismo lenguaje comunicacional o expresivo, cual acontece en determinadas formas de expresión artística<sup>263</sup>.

Dentro del lenguaje humano comunicativo, el signo lingüístico, que estudia la semiótica, viene a ser el vínculo o elemento básico de los sistemas comunicativos que ha desarrollado el hombre, y

---

<sup>261</sup> Como es sabido, las primeras innovaciones y creaciones del *homo sapiens* se reflejan en una gran diversidad de herramientas de piedra y madera, en el uso de huesos, astas y marfil, en entierros con bienes funerarios y rituales, construcción de viviendas, diseño de las fogatas, así como utensilios de cocina y formas de cocinar, técnicas e instrumentos de pesca y caza, las primeras manifestaciones del arte figurativo y el uso de adornos personales.

<sup>262</sup> En este sentido, el estadounidense SIMBERG, Alvin L., padre de la estrategia de los Bloqueos de la Creatividad, escribió en 1964 la obra *Los obstáculos de la Creatividad* y advierte que los seres humanos poseen un alto grado de necesidad de socializar, la mayoría de individuos tiene como objeto o prioridad su integración social, lo que influye en su comportamiento, viéndose obligado a cumplir normas, un rol social, seguir unas pautas para satisfacer necesidades básicas, asumir determinados patrones y modelos de conducta para no ser rechazado, y todo ello le configura una personalidad social ajustada esas reglas o patrones pero muy difícil de compatibilizar con iniciativas de carácter creativo. La teoría de los bloqueos u obstáculos de la creatividad es citada en el libro de DAVIS, Gary A. y SCOTT, Joseph A., *Estrategias para la creatividad*, Ed. Paidós. Buenos Aires, 1975.

<sup>263</sup> “Nuestra naturaleza creativa es una parte integral de nuestras vidas cotidianas, que se expresa a través de nuestra cultura, nuestro lenguaje e incluso de nuestras actividades más mundanas. ‘El arte -escribió el pintor Robert Henri-, cuando se entiende de verdad, es la esfera de acción de todo ser humano’”. LANGER, Ellen J., *La creatividad consciente*, Ed. Paidós, Barcelona, 2006, pág. 24.

estaría integrado por un significante (imagen o soporte material) y por un significado (idea que la mente refiere respecto de cualquier palabra o imagen mental)<sup>264</sup>. El signo es, pues, una entidad capaz de transmitir contenidos representativos, de manera que una palabra, una letra, un número, una imagen, una figura, un icono, una señal, un símbolo, un gesto, un movimiento, un olor o aroma, una marca y elementos similares, todos son signos y adquieren especial valor en el ámbito de la creatividad y del arte.

De otro lado, en cuanto al sujeto creador se refiere, ha habido muchos intentos por clasificar, sistematizar y analizar las cualidades más comunes del ser creativo, aún partiendo de la individualidad del ser humano y de la imposibilidad de establecer un estereotipo de creador. Así y no obstante, en apretada síntesis integradora de las diferentes tesis podríamos decir que el sujeto creador responde a alguno o varios de los siguientes perfiles: posee una mente con gran capacidad de almacenamiento de información, a la que se une la de análisis, síntesis, abstracción, interrelación, elección, combinación y extrapolación de dicha información para dirigirla hacia la resolución de los problemas; también se dice que posee una gran curiosidad intelectual, una tendencia hacia el pensamiento divergente, capacidad de observación y discernimiento, así como la de redefinir, reordenar o buscar nuevas funciones a las ideas, conceptos, objetos, instrumentos, etc.; finalmente y de manera más relativa, se dice que suele ser introvertido, inconformista, independiente y despierta cierta empatía hacia la gente<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> SANDERS PIERCE, Charles, considerado como el padre de la semiótica moderna, añade un elemento más del signo, al decir que el mismo es una entidad compuesta por significante (o soporte material), significado (o imagen mental) y referente (u objeto, imaginario o real, al que alude el signo). HOOPES, James, *Peirce on Signs. Writings on Semiotic by Charles Sanders Peirce*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1991.

<sup>265</sup> Junto a los anteriores perfiles genéricos del sujeto creador, con el propósito siempre relativo de medir los niveles de creatividad de cada individuo, se han clasificado, asimismo, las cualidades a considerar para tal propósito y su respectiva definición. Nosotros, descartando cualquier género de contribución a tal fin, al igual que hicimos respecto de los tests de nivel de inteligencia, sin embargo, consideramos de interés para el objeto de nuestro estudio traer a colación las principales cualidades “creativas”, sobre todo aquéllas que, en alguna medida, inciden en la creatividad artística, a saber: a) análisis: en cuanto capacidad para separar, teórica o prácticamente, las partes de un elemento, objeto o proyecto para estudiar su naturaleza, función o significado; b) abstracción: que se refiere a la capacidad de analizar los componentes de un elemento, objeto o proyecto y de comprender las relaciones entre esos componentes; es decir, extraer detalles de un todo ya elaborado; c) síntesis: que es lo opuesto a la abstracción, es la capacidad de combinar varios componentes para llegar a un todo creativo, es decir, es un proceso que, partiendo del análisis de los elementos de un problema, es capaz de crear nuevas definiciones concluyentes del asunto estudiado; dicho con otras palabras, si el análisis detalla y describe, la síntesis concluye con explicaciones creativas sobre un problema; d) fluidez: en cuanto que capacidad para producir ideas y asociaciones de ideas sobre un concepto, objeto o situación; e) flexibilidad: o capacidad de adaptarse rápidamente a las situaciones nuevas u obstáculos imprevistos, acudiendo a anteriores experiencias y adaptándolas al nuevo entorno; f) originalidad: que se relaciona con la facilidad para ver las cosas de forma única y diferente; g) elaboración y perfección: que sería la capacidad que hace posible construir cualquier cosa partiendo de una información previa y, además, buscando la perfección, a su manera; h) sensibilidad: en cuanto cualidad de captar los problemas, la apertura frente al entorno y hacia los problemas de otras personas; i) redefinición: es la habilidad para entender ideas, conceptos u objetos de manera diferente a como se había hecho hasta entonces; j) imaginación: que, no por ser la última capacidad referida es la menos importante, sino todo lo contrario, puesto que el pensamiento en imágenes o en abstracto constituye la base común y fundamental de todos los procesos creativos, ya que la mente siempre idealiza –construye o elabora– la idea o solución al problema planteado.

Al margen de que tales cualidades concurren en cualquier forma y mediada en el sujeto creador, una conclusión más, a modo de premisa al mismo tiempo, podemos establecer respecto del objeto de nuestro estudio y en relación con el presente epígrafe, a saber: que la creatividad artística nace de la mente del ser humano, por ser la única especie dotada de una serie de cualidades o capacidades mentales como la inteligencia, la abstracción, la imaginación, el raciocinio, el análisis y la síntesis, el pensamiento divergente o lateral, la sensibilidad, el lenguaje y la interpretación de los signos, la intuición, la asociación y redefinición de ideas, conceptos y soluciones, las emociones, la consciencia y la inconsciencia, el aprendizaje y la transmisión de conocimiento, conceptos, soluciones, ideas y emociones a sus semejantes.

#### **2.1.4.- El proceso creativo.**

Mucho se ha escrito sobre el proceso creativo y no todo ello es conclusivo. Si la vida de cada ser humano es única y diferente, sus cualidades subjetivas, incluidas tanto las cognitivas como la inteligencia, la imaginación y la creatividad también son únicas y diferentes, como también lo es el proceso creativo que siga cada sujeto y en cada caso concreto.

Lo que nos proponemos abordar en este epígrafe es la similitud que media entre todos los procesos creativos del arte, al tiempo de poner de manifiesto que no existen procesos creativos de mayor o menor mérito o dificultad que determinen, a su vez, mayor o menor protección jurídica a través del sistema de la propiedad intelectual (Derecho de autor o *Copyright*).

WALLAS<sup>266</sup> estableció un modelo de proceso creativo basado en cuatro etapas: a) *preparación* y enfoque mental del problema, explorando sus dimensiones; b) *incubación*, donde el problema es interiorizado en el hemisferio derecho del cerebro para su análisis; c) *iluminación* o *insight*, cuando la idea creativa salta del procesamiento interior al consciente; y d) *verificación*, si dicha idea creativa es conscientemente verificada, elaborada y luego aplicada.

KOESTLER<sup>267</sup>, por su parte, divide en tres las fases fundamentales del proceso creativo, en correspondencia con los estados de consciencia de la neurociencia, a saber: i) *fase lógica*, en la cual se formula el problema, se recopilan información y datos relativos a ese problema, y se establece una primera búsqueda de soluciones; ii) *fase intuitiva*, en la que se profundiza en la búsqueda de soluciones, el problema se va haciendo autónomo y vuelve a ser elaborado para

---

<sup>266</sup> WALLAS, Graham, *The art of thought*, (*El Arte del Pensamiento*), 1926, reimpreso –en parte– en la obra *The creativity question*, de ROTHENBERG, Albert y HAUSMAN, Carl R, Duke University Press, Durham, 1996, págs. 69 a 72.

<sup>267</sup> KOESTLER, Arthur, *Las Raíces del Azar*, 2ª ed. Kairós, Barcelona, 1994, traducido por Rolando Hanglin.

comenzar una nueva fase de incubación de la solución y una maduración de las opciones (es la fase de pensamiento divergente) hasta alcanzar la iluminación, esto es, la manifestación de la solución del problema; y iii) *fase crítica*, durante la cual el inventor o creador se entrega al análisis de su descubrimiento o solución creativa, que la desarrolla y contrasta hasta llegar al estado definitivo.

En el campo específico de las artes, la base inicial de cualquier análisis lo constituye *La Poética* de Aristóteles<sup>268</sup>. Para este pensador fundamental, el arte es ciencia<sup>269</sup> -en cuanto modalidad de conocimiento y sabiduría- y como el objeto de la ciencia es examinar las reglas que la configuran, en su obra *La Poética*<sup>270</sup> analiza sintéticamente y sistematiza todas las manifestaciones artísticas conocidas hasta el siglo IV a.C.<sup>271</sup>. Dicha obra fue y sigue siendo el

<sup>268</sup> Aristóteles de Estagira (384-322 a.C.), formó parte del triunvirato de los filósofos más trascendentes de la Antigua Grecia junto a Sócrates y Platón, el primero maestro del segundo y el segundo de Aristóteles, si bien, y aun bajo la indudable influencia, cada cual prosiguió su particular camino de pensamiento. De los tres, el pensamiento aristotélico, tal vez, es el que más ha influido en el pensamiento de occidente de todos los tiempos posteriores, ya que el mismo abarcó toda suerte de disciplinas científicas y humanísticas, y lo hizo de manera sistemática y apoyado en un método lógico-deductivo propio que marcó el camino de la investigación en tales campos del saber, hasta el punto de ser considerado, en el sentido moderno del término, como el primer investigador científico de la historia. Aristóteles desempeñó, entre otras responsabilidades, la de preceptor de Alejandro Magno, ambos macedonios como sus ascendientes, y aprovechó el ascenso al poder de su discípulo para fundar en el 335 a.C. el Liceo de Atenas, tras su frustrada intención de hacerse cargo de la Academia de su maestro Platón, a pesar de haber permanecido en ella como estudiante durante dos décadas. Con el Liceo, Aristóteles funda su propia escuela en la que se enseñaba paseando, de ahí que se conociera como escuela “peripatética” (pues debatían mientras caminaban alrededor de un patio –*peripatos*), y creó así un gran centro de investigación científico y filosófico bajo su tutela. Además de maestro, Aristóteles fue un gran bibliófilo e inmejorable estudiante (“El Lector” le apodaban, amén de “El Estagirita” en otros ámbitos); leer, estudiar, enseñar y escribir era su particular religión, que recomendaba al resto. Su elocuencia era tan sobresaliente que hasta el propio Cicerón decía que era “el río de oro de la elocuencia”.

<sup>269</sup> De hecho, al principio de su otra obra esotérica, *Metafísica*, Libro I-A, 981-a (según la traducción realizada por Tomás Calvo Martínez, en *Aristóteles, Metafísica*, Ed. Gredos, Madrid, 2014, págs. 75-78), nos dice que “La experiencia parece relativamente semejante a la ciencia y al arte”, pues ambas disciplinas resultan de la experiencia, de manera que, citando a Polo – discípulo del sofista Gorgias, a quien Platón utilizó como personaje en sus diálogos sobre retórica, *Gorgias*, 448c-: “la experiencia da lugar al arte y la falta de experiencia al azar”. “En general -continúa Aristóteles-, el ser capaz de enseñar es una señal distintiva del que sabe frente al que no sabe, por lo cual pensamos que el arte es más ciencia que la experiencia”. Es decir, el arte es ciencia en cuanto una modalidad de conocimiento “teórico”, en cuanto conocimiento que sabe las causas y principios, no sólo por la experiencia, pues en otra obra esotérica y fundamental, la *Ética a Nicómaco* (VI 3-7, 1139b13-1141b22, según la traducción de José Luis Calvo Martínez, en *Aristóteles, Ética a Nicómaco*, Ed. Alianza, Madrid, 2014, págs. 211-219), el propio Aristóteles se encarga de establecer las diferencias entre el arte y la ciencia. Esto es, en su *Metafísica* establece una similitud de la naturaleza de ambos conocimientos porque pretende explicar “El conocimiento de las causas y la sabiduría”, tal cual reza su Capítulo I, del Libro I, para concluir que “lo que se llama sabiduría se ocupa de las causas primeras y de los principios. (...) el hombre de experiencia es considerado más sabio que los que poseen solo sensaciones, y el hombre de arte, más que los hombres de experiencia (...). Es obvio, pues, que la sabiduría es ciencia acerca de ciertos principios y causas” (982a). Por tanto y en definitiva, según Aristóteles, el conocimiento teórico (“sabiduría”) es de mayor rango que el que procede de la experiencia.

<sup>270</sup> Originariamente, al parecer, *La Poética* o *Sobre la Poética* o *Arte Poética* contaba con dos partes: un Libro Primero dedicado a la tragedia y a la epopeya, y un Libro Segundo dedicado a la Comedia y a la poesía ditirámica –himno cantado en honor a Dionisio cuya evolución impulsó la creación de la tragedia-, si bien este segundo libro no se conserva.

<sup>271</sup> Unas advertencias generales se hacen necesarias para entender *La Poética* aristotélica y, prácticamente, el resto de sus obras o pensamiento: 1ª.- se trata de fragmentos de doctrina, pues, de un lado, constituye un tratado argumentativo, pero, de otro, no se trata de una obra unitaria y sistemática elaborada por su autor, sino de apuntes y notas de las lecciones temáticas que el maestro impartía y, por tanto, se trata de reflexiones y análisis destinados a la enseñanza de sus discípulos y alumnos, recopilados por éstos o por bibliófilos, aunque presumiblemente agrupados por su autor; 2ª.- de hecho, una de las dificultades para conocer el pensamiento aristotélico es el de la fragmentación y la autenticidad de sus escritos –no así de su pensamiento-, que, además, se extraviaron en su mayoría y los que se conocen son tan sólo una mínima parte, sujetos éstos, a su vez, a traducciones e interpretaciones diversas; 3ª.- Los escritos aristotélicos pasaron de mano en mano hasta que en el año 60 a.C., en pleno apogeo del Imperio Romano, el filósofo peripatético –en cuanto seguidor de las enseñanzas de Aristóteles- Andrónico de Rodas, se encargó de ordenarlos y los editó en el llamado *Corpus Aristotelicum*; 4ª.- De las 130 obras que se imputan a Aristóteles, tan solo se conservan 35, unas eran esotéricas o destinadas a ser publicadas, y otras esotéricas en cuanto que destinadas a ser expuestas y escuchadas, de ahí que éstas adoptasen una estructura esquemática para ser impartidas en sus lecciones magistrales en la escuela peripatética, de manera que tanto la *Poética* como la *Metafísica* se corresponden con esta segunda tipología de obras y de ahí su carácter fragmentario, imperfecto e inconexo en algunas partes.

punto de partida en el ámbito de la creación e investigación artística o literaria, y pocas como ella y su *Metafísica* influyeron tanto en toda la filosofía y pensamiento posterior de todos los tiempos<sup>272</sup>.

El pensador más influyente de occidente mostró siempre un gran interés y sensibilidad hacia todas las manifestaciones artísticas –de ahí su *Poética*- y especialmente hacia la plástica, la literatura (dramaturgia) y el teatro, siendo ésta la expresión artística más influyente de su época – y prácticamente hasta el pasado siglo XX-, lo cual le impulsó a conocer y tratar a dramaturgos –y sus obras- y actores –y sus representaciones-, así como toda la obra homérica –que elogia por encima de las demás-, lo que, en definitiva, le permite ilustrar sus enseñanzas, argumentos y estudios con numerosos ejemplos prácticos<sup>273</sup>.

En el universo aristotélico, la “poética” (la poesía) tenía un sentido amplio de lo que hoy podíamos entender como arte o creación artística, literaria, plástica, etc. Pero Aristóteles, al igual que el Derecho de autor y en la línea que venimos planteando, no se propone indagar el contenido de cada manifestación artística o poética sino tan sólo su forma externa, su estructura idónea para transmitir las sensaciones o los sentimientos propios de cada poética<sup>274</sup>. VILLAR LECUMBERRI<sup>275</sup> expresa esta tesis de manera nítida cuando asevera que las normas que contiene la *Poética* “se refieren más a la técnica y a la forma externa de la composición poética que a la esencia en sí misma y a su contenido. La cuestión básica que se plantea en la *Poética* es

---

<sup>272</sup> Aunque siempre estuvo vigente, sobre todo en algunas etapas clave del Imperio Romano (Cicerón, que lo definió como “el río de oro de la elocuencia”, da fe de ello, como también Alejandro de Afrodisia), fue en la Edad Media cuando su pensamiento fue calando paulatinamente, primero en los filósofos árabes –como Averroes y Avicena- y de ahí pasó su influjo a la filosofía escolástica, aunque también pasó por la filosofía medieval judía de Maimónides. A partir del siglo XI se extiende a través del latín de la mano de Jacobo de Venecia. Tras pasar por la Facultad de Artes de París en el siglo XII para integrar su programa docente, llega a la mano de Santo Tomás de Aquino cuando éste estudiaba a Averroes, sobre todo su *Metafísica*. También la *Poética* alcanza un alto nivel de influencia a partir del siglo XV en Italia. Posteriormente, fue durante todo el Renacimiento cuando se rescata profunda y ampliamente todo el pensamiento aristotélico que se había logrado conservar, su principal comentarista Pietro Pomponazzi y Melanchthon introduce el aristotelismo en las universidades protestantes, en contra de la opinión de Lutero, hacia 1525. Pero pronto se vería eclipsado el pensamiento aristotélico, sobre todo el más empírico, por nuevos conceptos científicos, de manera que su influencia quedó relegada, que no es poco, a la filosofía, principalmente. Francis Bacon, Galileo y Boyle fueron muy críticos con el pensamiento aristotélico. Sin embargo, su *Poética* alcanzó su punto álgido de influencia en la Francia del siglo XVII. Habría que esperar hasta el siglo XIX para encontrar una referencia y un cuerpo doctrinal y filosófico de Aristóteles más objetivo, cierto y razonable, tras periodos de burdas tergiversaciones y lagunas. De esta nueva etapa y hasta nuestros días encontramos comentaristas de la talla de Leibniz, Hegel, John Cook Wilson y Martin Heidegger, entre otros, que volvieron a poner en primer plano a Aristóteles como punto de partida de sus ensayos y estudios filosóficos, e incluso para reinterpretarlo.

<sup>273</sup> Aristóteles, además de elogiar y ensalzar virtudes de autores, artistas, pensadores y escuelas, no muestra ninguna compasión a la hora de elaborar una crítica fundada –argumentada- y ácida hacia los malos autores, artistas, oradores, etc. Prueba de ello es cuando los problemas críticos y las soluciones a las deficiencias de algunas artes poéticas (Libro XXV de la *Poética*).

<sup>274</sup> En el primer párrafo, Capítulo I, de la *Poética* plantea su objeto de estudio en los siguientes términos: “Para tratar la poética, tanto de la poética en sí como de sus diferentes especies, esto es, de la fuerza de cada una de ellas y de cómo hay que componer los argumentos, si la composición ha de quedar bien, e incluso de cuántas y de qué partes consta, e igualmente de todo aquello que concierne a este método, hagámoslo empezando, como es natural, por orden”. Traducción, introducción y anotación de Alicia Villar Lecumberri, en *Poética, Aristóteles*, Alianza Editorial, Madrid, 2015, pág. 33, coincidente en esencia con otras traducciones consultadas como la de Valentín García Yebra (poética de Aristóteles, edición trilingüe, Ed. Gredos, Madrid, 1974) y la de José -Joseph- Goya y Muniain de 1798 (edición bilingüe griego-español/castellano), Ed. Imprenta de Don Benito Cano, (Orden Superior), Biblioteca Nacional de España.

<sup>275</sup> En su traducción, introducción y notas a la *Poética, Aristóteles*, *óp. cit.*, pág. 12.

cómo debe estar compuesta una obra dramática para mantener continuamente el interés del espectador”.

Es en el segundo párrafo -Capítulo I- de su *Poética* donde Aristóteles sienta las bases fundamentales para entender el resto de la obra y el tema que nos concierne, pues considera *ab initio* que todas las manifestaciones artísticas son imitación (mímesis)<sup>276</sup>, diferenciándose tan sólo en la forma, medios u objeto de imitación<sup>277</sup>. Concretamente, para Aristóteles, en la tragedia la palabra despierta las emociones entre el público presente en una representación, ello es producto de dos conceptos del lenguaje: la imitación y el engaño que desarrollan los actores (*hipocritès*). Cuando se imita una acción y los oyentes o espectadores hacen suya esa acción ficticia es cuando la palabra se convierte en poesía (arte), de manera que se pueden imitar las acciones por medio de palabras, colores, sonidos o gestos y esa forma de imitación es lo que denomina Aristóteles “poesía”, llegando a considerar -como ya lo hiciera antes Simónides<sup>278</sup>- que la pintura es poesía silenciosa y la poesía pintura parlante<sup>279</sup>.

El término “imitación”, en griego, significaba representación de la realidad. Pero en el universo aristotélico la “imitación poética” o artística no se limita a imitar o reproducir la realidad o la naturaleza tal cual, sino a interpretarla mediante una elaboración “poética” o artística sobre dicha realidad, creando un artificio o ficción a la que imprime el creador su propio estilo, impronta y personalidad.

Y, en efecto, si se abandona la aproximación superficial y se mira despacio y sin prejuicios, el proceso intelectual de creación mantiene más similitudes que diferencias en todas las manifestaciones artísticas. El artista plástico con su intelecto, su técnica, sus herramientas y material desarrolla su actividad artística y crea sus obras plásticas, en las que expresa sus ideas, su visión de la realidad, crea formas, espacios, nuevas realidades, tendencias, etc. El escritor de cualquier género literario, también a través de su intelecto y pertrechado de sus herramientas, componen sus obras. Los artistas con su talento intelectual, instrumentos o el propio cuerpo,

---

<sup>276</sup> En realidad, fue su maestro Platón el primero en basar su teoría científica del arte en la imitación.

<sup>277</sup> *Pues bien* –dice Aristóteles-, *la epopeya y la poesía trágica y además la comedia y la poesía ditirámica* –himno cantado en honor de Dionisio- *y en gran medida la aulética* –poesía acompañada de instrumento de viento- *y la citarística* –poesía acompañada por instrumentos de cuerda-, *todas ellas vienen a ser, en conjunto, imitación; pero se diferencian unas de otras en tres puntos: o porque imitan con diferentes medios, o porque imitan cosas diversas, o porque imitan de manera distinta y no del mismo modo*. Traducción de Alicia Villar Lecumberri, *óp. cit.*, pág. 34.

<sup>278</sup> Filósofo griego del siglo VI-V a.C.

<sup>279</sup> Según VILLAR LECUMBERRI, Alicia, en *Poética, Aristóteles*, *óp. cit.*, pág. 13, esta comparativa entre pintura y poesía la establece Aristóteles en su *Poética* y ha tenido repercusiones posteriores, tal y como parece hacerse eco de ello el propio Miguel de Cervantes Saavedra en *Los trabajos de Persiles y Sigismunda* -III.14- cuando dice que “la historia, la poesía y la pintura simbolizan entre sí y se parecen tanto que, cuando escribes historias, pintas, y cuando pintas, compones”.



apoyados en una obra preexistente o improvisando, generan una nueva realidad ficticia para transmitir al espectador las ideas, sensaciones, emociones y demás efectos. Y así sucesivamente.

Por tanto, el denominador común de todo proceso creativo es que el mismo se basa siempre en los mismos elementos: imitación, intelecto, técnica, instrumento o herramienta y objetivo expresivo. Pero hay otro elemento, si cabe, más común aún que los anteriores en el proceso creativo, incluso también para la creatividad científica o técnica, cual es la imaginación<sup>280</sup>. En efecto, la imaginación o pensamiento en imágenes es lo que de común se llama “idea”, que tanto en la creación artística como en la científica o técnica precisa de su plasmación, ejecución o exteriorización para que cobre vida en forma de novedad u originalidad (ya se trate de un invento o de una obra o interpretación artística), esto es, para que sea considerada una creación fruto de la creatividad y del intelecto humano.

La imaginación, en cuanto capacidad mental, nos permite pensar en imágenes o en abstracto la solución –“idea”- al problema planteado, generando a tal fin la necesidad en el sujeto creador de activar otras capacidades mentales y físicas para llevar a término dicha idea, pues sólo cuando ésta se plasma o se ejecuta será susceptible de amparo por la propiedad intelectual en sentido amplio, y sólo en su forma externa es posible que sea percibida y valorada por los demás sujetos, al tiempo que su externalización la dota de la suficiente potencialidad como para producir los efectos buscados.

La imaginación es la fuente de toda creación, incluida la creación artística. El hombre piensa, sueña e imagina a través de imágenes que recrea en su mente y que luego externaliza a través de alguna forma artística o técnico-científica (innovación o invento). La particularidad de la creación artística en general y frente a la inventiva o técnica, estriba en crear un mundo aparente o ficticio nuevo, diferente al real<sup>281</sup>. Asimismo, la creación artística presenta la virtud de estimular la imaginación de los demás, de quienes la percibe a través de los sentidos, excitando el placer estético, los sentimientos y las emociones ajenas.

---

<sup>280</sup> La primera y cuarta acepción del término “imaginación” que nos ofrece el DRAE de 2001 son: 1ª.- *Facultad del alma* –léase mente- *que representa las imágenes de las cosas reales o ideales.* (...). 4ª.- *Facilidad para formar nuevas ideas, nuevos proyectos, etc.*

<sup>281</sup> Así, ATKINSON, Brooks, en un artículo publicado el 8 de septiembre de 1957 en *The New York Times*, bajo el título de *Note on Art*, pone de manifiesto la variedad de nuevas realidades que se crean a través del arte y de las diferentes sensibilidades de cada creador: “Con su imaginación, su regocijo, su desesperación, su rebelión o su pasión, el artista crea un mundo que tiene su propia coherencia y nos lo entrega como algo verdadero. Los mundos del arte son sorprendentemente distintos. El mundo trágico de Sófocles, el respetuoso y tierno mundo de Miguel Ángel, el juguetón universo de Chaucer, el ancho mundo de inteligencia y sensibilidad de Shakespeare, el orbe satírico de Molière, el mundo humano de Dickens, el universo demente de VanGogh y el luminoso de Manet, el noble mundo de Beethoven y el potente universo de Stravinsky, el mundo eléctrico de Shaw, el tenebroso de O’Neill y el violento de O’Casey, son algunos de los mundos posibles”.

### 2.1.5.- La creación artística en general.

El rasgo más característico y definitorio del ser humano es su capacidad para generar arte en sentido amplio. Es decir, no le basta, como al resto de seres vivos, con satisfacer sus necesidades fisiológicas de la mejor manera posible, y a tal fin ha creado soluciones técnicas o prácticas cada vez más sofisticadas y útiles, sino que precisa también satisfacer las necesidades espirituales, menos pragmáticas que las anteriores, pero tan necesarias y acreedoras de las capacidades propias de su intelecto<sup>282</sup>. En palabras de CONFUCIO<sup>283</sup>: “me preguntas por qué compro arroz y flores; compro arroz para vivir y flores para tener algo por lo que vivir”.

ORDINE, en su manifiesto *La utilidad de lo inútil*<sup>284</sup>, pone en primer plano una cuestión de la máxima seriedad y trascendencia, a través de las opiniones de filósofos, pensadores y escritores de peso. Así, en esencia, se plantea y recaba doctas opiniones acerca de si la Universidad o la escuela ha de orientarse hacia una saber pragmático y hacia un objetivo inmediato –v. gr., aplicar tales conocimientos para hallar empleo-, o, por el contrario, el hombre ha de cultivar el conocimiento y la creatividad sin un objetivo inmediatamente práctico. Y, así, nos dice que: “Existen saberes que son fines por sí mismos y que –precisamente por su naturaleza gratuita y desinteresada, alejada de todo vínculo práctico y comercial- pueden ejercer un papel fundamental en el cultivo del espíritu y en el desarrollo civil y cultural de la humanidad. En este contexto, considero útil todo aquello que nos ayuda a hacernos mejores. Pero la lógica del beneficio mina por la base las instituciones (escuelas, universidades, ...) y las disciplinas

---

<sup>282</sup> MASLOW, Abraham, en su obra *Una teoría sobre la motivación humana (A Theory of Human Motivation)*, Psychological Review, núm. 508(4), Washington DC, 1943, págs. 370-396) clasificó en una pirámide y jerárquicamente las necesidades del hombre, para decir que cuando el ser humano satisface las necesidades fisiológicas más básicas (respirar, beber, alimentarse, dormir, etc.), después desarrollan necesidades más elevadas, destacando y situando en la cúspide de la pirámide las de carácter espiritual, creativo y todas las que denomina de “autorrealización”, “motivación de crecimiento” o “necesidad de ser”. Por diferentes razones científicas, esa teoría de Maslow fue objeto de críticas, pese a su gran influencia en el terreno psicológico y comercial. Entre los críticos destacamos a WAHBA, Mahmoud A. y BRIDWELL, Lawrence G., que realizaron una revisión extensa de la teoría de Maslow (en su obra *Maslow Reconsidered: A Review of Research on the Need Hierarchy Theory*, Organizational Behavior and Human Performance, Vol. 15, núm. 2, Ed. Elsevier, Ámsterdam, abril 1976, págs. 212-240) y encontraron escasas evidencias de este orden de necesidades, al tiempo que concluyeron que la felicidad es subjetiva e independiente de las necesidades y estereotipos culturales, pero admiten que la “autorrealización” es posible ante carencias materiales, no ante carencias espirituales.

<sup>283</sup> CONFUCIO (551-479 a.C.), “Maestro Kong”, pensador chino cuya doctrina recibe el nombre de confucianismo. Desempeñó cargos públicos relevantes antes de dedicarse a la enseñanza y al saber. Recibió influencias de Zi Zhaan, que introdujo el primer código jurídico en China. Su pensamiento se concreta en inculcar la buena conducta en la vida a todos los hombres, el buen gobierno del estado (caridad, justicia y jerarquía), el estudio, la meditación y el cuidado de la tradición. Para Confucio, las máximas virtudes del hombre son: tolerancia, bondad, benevolencia, amor al prójimo, respecto a los mayores y antepasados. Algunas de sus enseñanzas eran: “si el príncipe es virtuoso, los súbditos imitarán su ejemplo”, aplicando dicha máxima a gobernantes, padres, etc.; “el ren –jen- es la virtud de la humanidad y a su vez está basada en la benevolencia, la lealtad, el respeto y la reciprocidad”, situando tales valores como la base de las relaciones humanas. Su pensamiento siempre tuvo gran influencia en China y muchos gobernantes intentaron construir sus Estados con las bases del pensamiento de Confucio. Sus máximas y frases son de las más célebres en todo el mundo. STRATHERN, Paul, *Confucio en 90 minutos*, Ed. Siglo XXI España, Madrid, 2004.

<sup>284</sup> ORDINE, Nuccio, *La utilidad de lo inútil*, traducido por Jordi Bayod Brau, Ed. Acantilado, Milán, 2013.

(humanísticas y científicas), cuyo valor debería coincidir con el saber en sí, independientemente de la capacidad de producir ganancias inmediatas o beneficios prácticos”<sup>285</sup>.

De otro lado, y en otra obra esotérica de Aristóteles, *Metafísica*<sup>286</sup>, establece en su primer párrafo (Libro I –A-, Capítulo Primero: *El conocimiento de las causas y la sabiduría*) un pensamiento básico y fundamental, al decir que “Todos los hombres por naturaleza desean saber. Señal de ello es el amor a las sensaciones. Éstas, en efecto, son amadas por sí mismas, incluso al margen de su utilidad y más que todas las demás, las sensaciones visuales. Y es que no sólo en orden a la acción, sino cuando no vamos a actuar, preferimos la visión a todas las demás. La razón estriba en que ésta es, de las sensaciones, la que más nos hace conocer y muestra múltiples diferencias”. También dice que unas especies de animales tan sólo perciben sensaciones, sin memoria y, por consiguiente, no tienen capacidad de aprender, pues la memoria les permitiría recordar. No obstante, Aristóteles salva de esa limitación a la mayoría de especies animales, a los que presume capacidad de sentir y memoria, lo que les permite aprender, pero dice que “viven gracias a las imágenes y a los recuerdos sin participar apenas de la experiencia, mientras que el género humano (vive), además, gracias al arte y a los razonamientos”<sup>287</sup>.

Por su parte, el crítico y teórico teatral estadounidense, WRIGHT, definió el arte *como la vida reflejada o interpretada a través de una personalidad*. Y lo explica del siguiente modo: “El hombre no se limita a las cosas que puede ver, tocar u oír. A diferencia de los demás animales, tiene el poder de imaginar lo que no existe pero que podría existir. Puede no sólo acumular, catalogar y aprovechar las experiencias del pasado, sino, también, gracias a su imaginación, hallar nuevos medios para hacer ciertas cosas; en pocas palabras, puede tener nuevas ideas. Francis Bacon dijo alguna vez: ‘El arte es el hombre añadido a la naturaleza’; y en el momento en que el hombre interviene, tenemos el elemento de selección y de énfasis, más que una mera representación, porque el hombre interpreta y nunca dos personas ven exactamente el mismo paisaje. Habitualmente se confunden los términos *realidad* y *realismo*. La realidad es la vida real; el realismo es una ilusión de vida tal como la presenta el artista: la vida como ‘artificio’. Ningún artista es completamente natural; sólo lo *parece*. La conversación más interesante de la vida real sería irreal e insatisfactoria en el teatro, porque carecería de énfasis, coherencia, unidad, clímax o continuidad. Los tipos que más evitamos en la vida real son frecuentemente los más deliciosos y atractivos en la escena. Todo arte implica selección por parte del artista. (...) Debemos imaginar por un instante que cierta persona ha tenido una experiencia vital que le ha

---

<sup>285</sup> ORDINE, Nuccio, *La utilidad*, *óp. cit.*, pág. 9.

<sup>286</sup> Según la traducción de Tomás Calvo Martínez, en *Aristóteles, Metafísica*, *óp. cit.*, págs.73-74.

<sup>287</sup> *Metafísica*, Libro I-A, Capítulo I, 980-b (*óp. cit.*, pág. 74).

producido un gran placer personal al afectarlo emocional o intelectualmente. Puede tratarse del descubrimiento de una gran verdad, de la comprensión de una filosofía, de la belleza de un atardecer, del canto de un pájaro o de algún aspecto placentero o serio de la vida cotidiana. El participante tiene, en todo caso, un deseo ardiente de reproducir la experiencia de tal suerte que pueda compartirla con los demás. Ante todo, deberá elegir el arte mediante el que podrá expresarse<sup>288</sup>.

El arte en sentido amplio, pues, se erige como una necesidad innata o consustancial del ser humano, a través del cual expresa, comunica y transmite sus sentimientos, emociones, inquietudes, anhelos, historias, épicas, dramas, tradiciones, convicciones y demás necesidades espirituales, al tiempo que a través de él articula también sus relaciones intrapersonales y sociales, genera una cultura y un acervo de conocimientos de imprescindible amparo para la evolución de la propia Humanidad. Por tanto, la forma habitual de fijación y transmisión de tales expresiones del ser humano ha sido el arte en sus diferentes manifestaciones.

Al principio fue el gesto la forma de comunicación más primaria. Luego los signos y la pintura. Después la danza y las ceremonias comunitarias y religiosas. Al unísono se desarrolló la palabra. Posteriormente surge la escritura y con ella la narración de los acontecimientos y su exaltación, dando lugar a los diferentes géneros literarios, incluido el dramático con el fin de ser representadas las acciones más comunes de la conducta humana.

La necesidad de trascender sus circunstancias de toda índole impulsó a los primeros *homo sapiens* a pintar y representar episodios, elementos y factores esenciales de sus vidas a través del arte rupestre del Paleolítico y las primeras ceremonias colectivas, en las que la danza, el mimo y el gesto dominó la mimesis de sus inquietudes supremas. Ciertamente es, no obstante, que en estas primeras etapas del arte, aunque cada persona que lo generaba imprimía necesariamente a sus acciones la impronta de su personalidad, las creaciones y manifestaciones artísticas tenían un sentido más coral o comunitario, colectivo, popular y tradicional; al tiempo que el arte de la prehistoria cumplía fines diversos y entre ellos los mágicos, religiosos, etc. Tan es así que, por lo que a la interpretación actoral se refiere, hubo que esperar hasta que *Thespis*<sup>289</sup> (*Tespis*) se

---

<sup>288</sup> WRIGHT, Edward, *Para comprender el teatro actual*, 1959, traducido por Margo Glanz, Ed. Fondo de Cultura Económica, México DF, 1962, págs. 21-24.

<sup>289</sup> Tespis (*Thespis*), además de dramaturgo griego y poeta trágico del siglo VI a.C., fue el primer actor conocido de la historia al individualizarse. Se le atribuye la creación del género de la tragedia griega teatralizada, del monólogo y del diálogo en el teatro, pues tras su gesto de apartarse del coro y establecer un diálogo con el *corifeo* (jefe del coro) hizo que el teatro narrativo o recitativo que se conocía hasta esa época abriera una nueva forma a través de los parlamentos o diálogos y enfrentamientos entre personajes representados por actores diversos, en aquél tiempo denominados *hipocritès* o simuladores. Tales méritos se los reconoce también Aristóteles en su *Poética*. Pero también se le atribuye el invento de la máscara para interpretar diversos

apartara del coro y se destacara o individualizara para interpretar como primer papel protagonista de la historia en los espectáculo dionisiacos del año 535 a.C.

El arte, como hemos visto, es una de las manifestaciones más relevantes y sublimes de la creatividad humana, por ello, y entre otras muchas circunstancias y efectos, no se podría conocer completamente la historia de la Humanidad y de la evolución del ser humano en sí misma sin el conocimiento de las diferentes expresiones artísticas que el hombre ha ido desarrollando y generando a lo largo de la historia. Y en esa suerte de unidad indisoluble entre la historia de la Humanidad y la historia del arte, se puede observar que, junto al contenido espiritual de las creaciones artísticas, la valoración social y económica de tales creaciones ha evolucionado de la mano de otros frutos de la creatividad como son los descubrimientos o las invenciones técnicas: la imprenta, la radio, el cine, la televisión e Internet.

En efecto, ni el arte primitivo ni el de épocas posteriores atribuyeron a las creaciones artísticas más que un valor espiritual o cultural. En la medida que tales creaciones despliegan signos de utilidad -siquiera para satisfacer necesidades espirituales-, con capacidad para generar recursos económicos y sociales, se les relaciona un valor económico, lo cual tiene lugar en épocas relativamente recientes de la historia, lo que determina, junto con su carácter individualizado, la necesidad de dotar de protección a esos bienes jurídicos fruto de la personalidad y de la creatividad a través de la propiedad intelectual (Derecho de autor o *Copyright*)<sup>290</sup>.

La esencia de la acción creativa ha evolucionado con el paso del tiempo merced de los diferentes medios técnicos, necesidades expresivas y métodos de transmisión de emociones que se disponía en cada época. En realidad, son los medios los que evolucionan más que la propia esencia del proceso creativo.

Obviamente, las manifestaciones artísticas evolucionaron desde su estado primitivo hacia formas externas reconocibles y estructuras adecuadas para producir los efectos pretendidos en cada estadio, época y circunstancias. Si a ello unimos el carácter esencial que tales manifestaciones han tenido desde que el *homo sapiens* decidió vivir en comunidad, es lógico considerar el interés de Platón, pero sobre todo de Aristóteles, por clasificar, sistematizar, ordenar y desglosar las formas de las diferentes poéticas.

---

personajes incluso en un mismo espectáculo u obra teatral, así como la invención del prólogo y de valerse de un carro (*el carro de thespis*) para representar sus obras por distintas ciudades y pueblos.

<sup>290</sup> También es reciente la conquista de la sociedades modernas de un amplio espacio de ocio y de interés por el conocimiento no utilitario, incluso más que por la formación, que le brinda el arte, amén de la satisfacción de las necesidades espirituales.

Para nosotros es suficiente con dejar sentado, por el momento y a los efectos del presente estudio, que el arte en su conjunto es un elemento consustancial a la condición humana y que siempre han evolucionado de la mano, al constituir aquél la mejor herramienta de expresión del ser humano para imitar y transformar la realidad a través de su imaginación y de la plasmación de las ideas, conocimientos, sentimientos y demás contenidos generados por dicha cualidad mental junto con otras de igual naturaleza como la propia inteligencia, la capacidad de abstracción o el raciocinio, así como utilizando herramientas como el lenguaje de signos, diferentes técnicas expresivas, etc.

Y dentro del inmenso campo de la creación y expresión artística, nuestro estudio se centrará a partir de ahora, primero, en un ámbito muy concreto del mismo, como es el arte de la interpretación actoral, para llegar más tarde con todas las premisas y fundamentos de dicho arte al que desarrolla el actor para crear un personaje o una acción dramática concreta y original que integrará el contenido de una interpretación audiovisual.

### **3.- EL ACTOR Y EL PERSONAJE.**

#### **3.1.- El actor.**

##### **3.1.1.- Aspectos generales: concepto y evolución**

Actor o actriz es una persona física que crea, interpreta y representa una acción dramática basándose en textos –guión o libreto-, su voz, su cuerpo, su inteligencia emocional y otros recursos mentales, físicos o técnicos con el propósito de transmitir al espectador el conjunto de ideas, mensajes y estímulos visuales, sonoros, emocionales y otros a través del personaje que crea y al que hacen acreedor de todos esos atributos.

Ya hemos definido anteriormente al actor en el Capítulo II de esta Tesis, sobre todo en su vertiente y configuración jurídica. Y a tales efectos nos remitimos a todo lo que allí quedó expuesto. Ahora lo que pretendemos es ofrecer todas las bases y premisas fácticas de su actividad para que ésta pueda ser enmarcada al nivel que su dimensión real demanda, definitivamente y sin titubeos, en el ámbito de protección de la propiedad intelectual, pues

intelectual y extraordinariamente creativo es su trabajo, como se verá, al tiempo que valorado desde todas las perspectivas posibles incluso muy por encima de las aportaciones creativas de los considerados, positiva y nominalmente, coautores de las obras audiovisuales.

La evolución histórica del arte de la interpretación actoral transcurre de la mano de la dramaturgia y de las posibilidades técnicas y tecnológicas de cada época. Asimismo, dicha evolución bien marcada por la situación política, económica y cultural de cada pueblo. Mas, aunque la primera forma de expresión fue el gesto, el movimiento y la danza, las primeras referencias a las representaciones teatrales proceden de Egipto y de Asia, con un marcado carácter religioso y ceremonial, completado con algunas manifestaciones civiles muy básicas y con predominio del mimo y la pantomima.

Como quiera, no obstante, que no podemos abordar en toda sus extensión la historia y evolución del arte de la interpretación, nos proponemos, a los fines del presente trabajo, acometer una sucinta descripción de aquellos aspectos más destacados y vinculados con la actuación actoral en las diferentes etapas y dentro de los diferentes movimientos o tendencias artísticas que fueron predominando durante determinados lapsos de tiempo. Sobre todo pondremos de manifiesto la recíproca vinculación y evolución entre la dramaturgia o la teatralidad y la actuación actoral, así como la incidencia de la evolución tecnológica en la técnica de actuación, sobre todo el tránsito del teatro al cine y de éste al medio televisivo de ficción.

Considerando esa última cuestión (la evolución del arte de la interpretación y las sucesivas innovaciones técnicas y tecnológicas hasta llegar a nuestros días), claro es, hasta entrado el siglo XX la única forma de actuación actoral es la teatral y por eso en las primeras etapas de su evolución tan sólo nos referiremos a ella, bajo el buen entendimiento de que las bases dramáticas de dicha actuación serán también, con algunos cambios técnicos y modulaciones de los recursos expresivos del actor, el fundamento del arte de la interpretación en los nuevos medios y formatos surgidos y desarrollados a lo largo del siglo XX y hasta nuestros días. La irrupción del cine primero y luego de la televisión, hasta llegar a la era de Internet y la tecnología digital, ha ido abriendo nuevos ámbitos de oportunidades y, a la vez, de exigencias interpretativas para el actor, cuyos hitos más destacados quisiéramos reflejar en pro de una mejor comprensión y valoración del trabajo creativo del mismo.

Bajo denominaciones diversas a lo largo de la historia, en efecto, la actividad del actor siempre ha consistido en actuar o interpretar un personaje o un contenido literario a través de su voz, su

cuerpo, sus movimientos y gestos, su imagen y, sobre todo, de su intelecto. En la Grecia Clásica, punto álgido y origen del teatro actual<sup>291</sup>, el actor adquirió la denominación de *hipocritès* (simulador) y gozó de gran consideración social y política hasta el punto que desempeñaron cargos relevantes, ya fuera bajo la República o bajo los reinados: Aristodemo (embajador), Archías (General), Aristónico y Eschino (senadores), entre otros<sup>292</sup>. Pero el actor griego más nombrado, sin duda, fue *Thespis* (Tespis), tanto por su talento interpretativo como por la revolución que impulsó para renovar las formas teatrales hasta ser considerado el padre de la tragedia griega. *Thespis* fue el primer actor que hizo un uso de la máscara específicamente para configurar diferentes personajes y creó la figura del protagonista y la connotación del segundo actor (a quien Esquilo denominó *deuteragonista*), así como los monólogos, diálogos o parlamentos entre ese actor principal con el segundo actor o con el coro. *Thespis*, además de actor, fue dramaturgo, inaugurando así una tradición, junto a Esquilo<sup>293</sup>, que ha llegado hasta nuestros tiempos modernos de la mano de Shakespeare y Molière, entre otros muchos<sup>294</sup>.

En la época del Imperio Romano, los actores adoptaron denominaciones como *rapsoda* – heredado del teatro griego y alusivo a los recitadores o cantantes ambulantes de los poemas homéricos-, *histrión* –más propio de Roma-, *cómico* o *actor*<sup>295</sup> –para referirse a profesionales de la interpretación de mayor prestigio. Los actores más destacados gozaron de prestigio social y político, así como de fortuna, si bien, la mayoría y en no pocas ocasiones se vieron perseguidos por conductas depravadas o por sus relaciones político-militares, tan influyentes en la época. Los jóvenes de las familias más poderosas se mezclaban con los cómicos para declamar y gozar así

<sup>291</sup> Sin perjuicio de que, como tienen estudiado BATY y CHAVANCE, mucho antes en Egipto ya se habían desarrollado varias formas teatrales que los griegos acogieron y desarrollaron. “Mil años antes de esquilo, el teatro egipcio alcanza la cúspide misma de la tragedia esquiliana. Grecia no tenía más que seguir las huellas de Egipto. Allí como en todas partes, los ministros de los cultos primitivos habían recurrido a la sugestión dramática un poco antes de construir siquiera los templos. La música y las danzas se mezclaban a las prácticas de los *coribantes* de Creta y de los *curetas* frígidos. (...) Los griegos imitaron también a los egipcios al dar forma dramática a sus ritos a fin de hacerlos más sorprendentes. (...) Finalmente, el culto de Dionisos se estableció en Atenas, importado de Egipto” –BATY, Gaston y CHAVANCE, René, *El Arte Teatral*, traducido por Juan José Arreola, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1965, págs. 20 y 21.

<sup>292</sup> Otros actores, que no actrices –pues no existían en esa época-, alcanzaron notoriedad y fama como Epígenes, Arión, Teodoro, De Polo, Calistrato, Finódines, Nicóstrato y Calípodes –JONVET, Jean, *El teatro y su Historia*, Enciclopedia Popular Ilustrada, ed. G.P., Barcelona, 1963, pág. 19).

<sup>293</sup> Esquilo fue a la vez autor, compositor, maestro de danza, director y actor.

<sup>294</sup> Y ello sin contar la cercanía, admiración e intercambio que siempre hubo entre los actores de cada época con sus escritores, dramaturgos y pensadores, entre los que podemos destacar al propio Aristóteles, Cicerón, Cervantes, Lope de Vega, Jacinto Benavente, Valle-Inclán. Así como que todos los grandes directores de escena y teóricos del teatro fueron también actores, entre los que destacamos a: Stanislavski, Meyerhold, Mijail Chéjov, Lee Stranberg, Gordon Craig, Erwin Piscator, Adolphe Appia, Peter Brook, etc.

<sup>295</sup> ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios Completos*, óp. cit., 2003, pág. 417, nos recuerda que “durante muchos siglos, las gentes de teatro fueron, en lo general, cómicos y, en particular y algunos, cómicos eminentes que escribieron, incluso, sus propias y grandes obras, cual sucede con Shakespeare o con Molière, que –por cuanto sé– gustaban de llamarse así, cómicos, y de ser considerados como tales. De lo que digo da fe el mismísimo diccionario de la Real Academia cuando dice que, en los tiempos pretéritos, cómico era el que hacía comedia; después, el que las hacía y las interpretaba; hoy, el que hace esto último tan sólo –ello con permiso de Fo y de Benigni, entre otros–”.



del favor del público. El propio Cicerón admitió que de su relación con dos de los más grandes actores de su época, Esopo y Roscio, aprendió el arte de hablar en público: la retórica<sup>296</sup>.

Sin embargo, en la época romana el espectáculo teatral, tanto en calidad como en prestigio e influencia social, retrocedió considerablemente respecto de la etapa clásica griega. El espacio escénico se convirtió en una suerte de exposición competitiva de arquitectos e ingenieros y el espectáculo teatral se vulgarizó considerablemente. A esa falta de sensibilidad político-social hacia el teatro se unió el interés de los escritores romanos en apropiarse de la dramaturgia pero sólo en la parte literaria y ajeno a su representación, circunstancia que marcó el absoluto divorcio entre dicho género y el público, y el teatro quedó reducido a la mínima expresión. El teatro callejero resistió y el espectáculo teatral se trasladó al circo, donde se organizaban batallas reales con bases escénicas.

Con la descomposición del Imperio Romano, Occidente se adentró en el túnel de la Edad Media<sup>297</sup>, con fuerte presencia de las religiones, donde el juglar y el clero, principalmente y en occidente, sostuvieron la actividad dramática con fines muy diferentes<sup>298</sup>. El rito religioso y los fines litúrgicos hallaron en el arte de la representación escénica y de la interpretación un vehículo decisivo para que sus mensajes llegasen a un público mayoritariamente analfabeto. Similar labor, pero en las calles y plazas de los pueblos y ciudades, desarrollaron los juglares durante largos siglos, acercando al pueblo llano las épicas, la historia, los sucesos más recientes, los romances, las canciones populares, etc., pero sobre todo la sátira. Junto a ellos, el trovador, que era un poeta más culto, acaparó con mayor seriedad la épica y la lírica que él mismo

---

<sup>296</sup> Justamente, Cicerón acudía a las representaciones de su amigo y actor Quinto Roscio, para aprender los gestos del orador, su acción, al tiempo que Roscio acudía a los discursos del orador Hortensio, también para estudiar sus gestos y tonos. De manera que “arte oratorio y arte de la escena parecían muy próximos (...)”. GRIMAL, Pierre, *Cicerón*, traducido por Ana Escartín, Ed. Gredos, p. 64, Madrid, 2013.

<sup>297</sup> AGUSTINA ARAGÓN distingue tres etapas evolutivas de la práctica teatral durante la Edad Media: “El periodo de la Alta Edad Media (siglos IV-IX), etapa en la que predomina la multiplicidad festiva ocasional ya sin una institución teatral fuerte y en la que la población practica ritos y celebraciones pre-cristianas, mientras que se desarrolla y codifica la ceremonia de la misa y otros actos litúrgicos paralelos. El segundo periodo, feudo-medieval (siglos IX-XII), es un proceso de reiniciación teatral que supone el enriquecimiento de la liturgia con acciones dialogadas y representadas, al principio restringido al ámbito eclesiástico, para luego abrirse a la participación de los fieles, que salen a la calle, añaden interpolaciones festivas, incorporan la lengua romance e introducen recursos espectaculares propios de los mimos e histriones, quienes durante varios siglos logran mantener alguna forma de teatralidad. Finalmente, llega la etapa burgo-medieval (siglos XIII-XVI), que, con el renacimiento de las ciudades, supone la eclosión de las prácticas dramáticas gracias al surgimiento de los misterios. El misterio define el teatro religioso de este periodo en la Europa Occidental. Sólo en Francia existen unos doscientos textos manuscritos o impresos. Basados casi siempre en la Biblia, en el Antiguo Testamento o en la Pasión de Cristo, el misterio cumplió una función edificante y ejemplificadora. Este periodo es decisivo en la restauración del teatro, ya que el pueblo hace suyas las dramatizaciones eclesiásticas, las mezcla con el legado festivo popular, y nacen las farsas y otras formas teatrales al servicio de la comicidad y la diversión” -ARAGÓN, Agustina, en *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. I (429 A.C.-1858), coord. por Jorge Saura, Ed. Fundamentos, Madrid, 2006, pág. 65-68.

<sup>298</sup> Con mayor precisión AGUSTINA ARAGÓN nos recuerda que con el fin del Imperio Romano también “llegan a su fin las magníficas exhibiciones circenses y teatrales, siendo abandonados los edificios teatrales y anfiteatros. A ello contribuyó la fuerte oposición de la Iglesia, siempre combativa con el espectáculo de mimos e histriones, y la conquista germánica, que acabaron por destruir la actividad profesional del teatro. Sin embargo, la cultura rural conocía otros tipos de teatralidad basados en el rito y en la fe cristiana. Aunque a estas manifestaciones no puedan llamárselas estrictamente ‘teatro’, sí puede decirse que existieron múltiples formas de teatralidad. ARAGÓN, Agustina, en *Actores y Actuación*, *óp.cit.* pág. 65).

componía en versos o canciones para recitar en palacios, castillos y en abadías con motivo de alguna fiesta o celebración<sup>299</sup>.

El Renacimiento, como en todos los campos del arte y del saber, trajo al arte escénico e interpretativo una nueva etapa decisiva, recuperando el clasicismo heleno-teatral de su esplendor. A decir de JONVET, el Renacimiento recuperó para el teatro “la espiritualidad y las inquietudes estéticas que le son peculiares. Más que en el orden literario, la influencia italiana puede señalarse precisamente en la ‘manera’ de las representaciones, en las construcciones teatrales y en la orientación de las piezas dramáticas marcada por un retorno al teatro clásico griego”<sup>300</sup>. En esta etapa, el teatro sale definitivamente de los templos religiosos a las calles y plazas públicas, pero sobre todo retorna al espacio escénico por excelencia: al edificio teatral<sup>301</sup>. “Los actores encargados de las representaciones de estos dramas estaban agrupados profesionalmente, eran cultos y estudiosos y algunos de ellos acudieron incluso al Concilio de Constanza en 1417. Hasta entonces las representaciones se celebraban en las plazas; pero a partir de ese momento pasaron a los ‘patios’ y ‘corrales’ y más tarde a locales expresamente contruidos para dar en ellos representaciones teatrales”<sup>302</sup>. “Los actores ingleses de esta época tenían una gran preocupación por dar a su arte el mayor grado de verosimilitud, y realizaban su labor interpretativa dentro del mayor realismo. Es sabido que en Inglaterra, como en toda Europa, el drama nace de los ‘Misterios’ en los siglos X al XII y sufre las mismas vicisitudes que en todas partes. El primer autor inglés importante conocido es Cristopher Marlowe (1564-1593), autor de *Fausto*, está considerado como el precursor de Shakespeare”<sup>303</sup>.

---

<sup>299</sup> Desde un punto de vista estricto de la forma de actuación, durante la Edad Media “no existía la profesión de actor. Los actores medievales comenzaron siendo los clérigos, pero, con el paso del tiempo y cuando el teatro comenzó a desprenderse del componente religioso, a través de las cofradías se dio paso a actores laicos. Sin embargo, puede hablarse de un cierto desarrollo del arte de la interpretación. (...) la sacralidad y la divinidad se definirán por la inmovilidad, el hieratismo y el gesto solemne. Pero este gesto tiene su desarrollo. En una primera etapa, el gesto del drama litúrgico se limita a corroborar lo que se está diciendo. Y lo que se dice no lleva a la mimesis, sino a la significación simbólica. No interesa la verosimilitud, no se pretende que el público se identifique con las emociones del personaje, sino que reconozca la historia sagrada. La interpretación muestra los signos, las palabras y los gestos para enseñarlos al público de los fieles en su aspecto ejemplar. En una segunda etapa, el gesto introduce nuevos significados. Ya no es un signo que redunde en lo que expresa la palabra, sino que se establece una interacción entre el código verbal y el gestual que permite “imitar” más ajustadamente. La acción ya no se cita, sino que se lleva a cabo. Y, en una última etapa, comienza a ponerse de manifiesto la actitud, la emoción que el intérprete imprime al texto. La palabra y el gesto abandonan su tendencia narrativa y su separación y se integran para que el gesto parafrasee la acción y presenciemos al hombre viviendo. El actor consigue, mediante la imitación, crear las reacciones de otro ser, el personaje, y otorgarle verosimilitud, aunque sea de forma torpe”. ARAGÓN, Agustina, *op. cit.*, págs. 67-68.

<sup>300</sup> JONVET, Jean, *El teatro*, *op. cit.*, pág. 38.

<sup>301</sup> “Las representaciones se llevaban a cabo con un lujo inusitado. La corte de Ferrara fue célebre, entre otras cosas, por la fastuosidad de su teatro. Uno de los mejores teatros de su época fue el del Vaticano, pintado por Rafael y construido en tiempo de León X, ante quien se representó *Mandrágora*, de Maquiavelo, y *Calandria*, del cardenal Bibiena. (...) En Nuremberg se construyó un teatro por el año 1550, que se supone es el primero construido en Alemania. En Inglaterra, Jaime Burbage construyó el primer teatro en 1576. En poco tiempo proliferaron los locales dedicados al arte escénico. El más destacado fue el ‘Teatro del Globo’, donde se representaron la casi totalidad de las obras de Shakespeare y en el que parece ser que él mismo actuó como intérprete”. (JONVET, Jean, *El teatro*, *op. cit.*, pág. 39).

<sup>302</sup> *Ibid.*, pág. 39.

<sup>303</sup> *Ibid.*, pág. 42.

William Shakespeare (1564-1616), probablemente sea el dramaturgo más importante de todos los tiempos, y su condición de actor le facilitó la viveza y representatividad de sus personajes literarios –universales, no obstante y a pesar de nacer al tiempo que el mismo autor pergeñaba el teatro nacional inglés-, a los que dotó de la verosimilitud y sinceridad que el arte en general, y la actuación teatral en particular, venían reclamando.

Según JONVET, en España, el precursor de este nuevo teatro es Juan de la Encina. No obstante, el punto de partida del teatro español es *La Celestina*, de Fernando de Rojas<sup>304</sup>. En España, al igual que en toda Europa, privaba entonces la “literatura antigua” y se marcaba la tendencia de un retorno hacia el teatro griego clásico<sup>305</sup>. Aunque realmente más que imitar las comedias griegas, lo que hacían los autores era adaptarlas. Felipe II prohíbe en 1598 las representaciones de comedias, que no volvieron a ser permitidas hasta después de su fallecimiento<sup>306</sup>.

El dramaturgo español más interesante del siglo XVI es Lope de Rueda, que formó compañía propia para representar –también como actor- las comedias que él mismo escribía. Miguel de Cervantes le elogia y comparte amistad, así como afición teatral y admiración por Lope de Rueda Nabarro en cuanto que actor de extraordinaria versatilidad y verosimilitud<sup>307</sup>. Miguel de Cervantes (1547-1616) escribió bastantes comedias, pero muy pocas han llegado a nuestros días. A Cervantes se le considera mucho más como autor de entremeses, casi todos escritos en prosa, con un diálogo extraordinariamente vivo, graciosísimo, y en los que la acción se sucede del mejor modo que pueda darse en la mejor obra de teatro universal. Cervantes fue el primer autor que llevó a la escena un tipo literario en el cual se han inspirado después infinidad de autores: el truhán arrepentido que acaba profesando y siendo un santo. Se destaca en Cervantes tal hondura racial temática que cuando trata asuntos exóticos se advierte una española total<sup>308</sup>.

Con todo, hasta entrado el siglo XVI la mujer –actriz- no había gozado de presencia en esta actividad. Los papeles femeninos los desarrollaban hombres, más o menos jóvenes, refinados o

---

<sup>304</sup> Es probable, no obstante, que Fernando de Rojas no escribiera *La Celestina* para ser representada, ya que la longitud exagerada de la pieza hace difícil, por no decir imposible, la puesta en pie de la comedia en su versión íntegra.

<sup>305</sup> Como autores trágicos españoles de esta época debe citarse a Juan Boscán, Vasco Díaz, Fernán Pérez de Oliva, Francisco de Villalobos (médico de los Reyes Católicos), etcétera. El primero autor que aparece tratando dramáticamente un asunto moderno, escrito en verso, es el padre Jerónimo Bermúdez, de la Orden de Santo Domingo, que profesó y estudió en Salamanca y fue catedrático de su Universidad. Es autor de *Nise lastimosa* y *Nise laureada*. El nombre de Nise no es sino un anagrama de Inés. La *Nise laureada* es la vida de doña Inés de Castro, que tantas veces ha sido llevada a la escena por autores españoles y extranjeros. Gil Vicente escribió casi todas sus obras en portugués, y algunas (muy pocas) en castellano. Las más importantes son el *Auto de la Sibila Casandra*, el *Auto de los cuatro tiempos* y *Rabena*, esta última escrita en castellano y en portugués, y de la que se dice que es la comedia de magia más antigua que se conoce. (JONVET, Jean, *El teatro*, *óp. cit.*, págs. 46-47).

<sup>306</sup> Valencia es una de las primeras ciudades españolas que tuvieron teatro fijo. En 1526 ya existía un teatro, perteneciente a un hospital. Sesenta años después se erigió el primer teatro en Madrid. (JONVET, Jean, *El teatro*, *óp. cit.*, pág. 47).

<sup>307</sup> CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de, *Comedias y Entremeses*, Imprenta Bernardo Rodríguez, Tomo I, Madrid, 1915, págs. 6-7.

<sup>308</sup> JONVET, Jean, *El teatro*, *óp. cit.*, pág. 50.

afinados, según el género dramático y las épocas. Incluso durante la Edad Media los propios clérigos interpretaban los papeles de mujeres. Fue a partir de este siglo cuando empezaron a incorporarse algunas actrices a los elencos actorales, siendo su presencia aún mínima frente a sus compañeros actores.

En el siglo XVII el teatro español se ofrece magnífico y abundante, alcanza su plenitud y se da inicio a su “Siglo de Oro”. Juan de la Cueva, precursor de Lope de Vega, es uno de los grandes innovadores del teatro español. Escribió sus obras en verso, en toda clase de métrica, innovación que muy pronto siguieron otros autores. Él es el introductor en la escena española de la comedia histórica. No obstante tales antecedentes, el “Siglo de Oro” del teatro español se inicia con Lope de Vega (Félix Lope de Vega y Carpio, 1562-1635)<sup>309</sup>. El dramaturgo más prolijo que ha dado España, con cerca de dos mil comedias escritas en tiempo récord<sup>310</sup>, pues no dejó tal oficio -ni con los hábitos clericales enfundados- hasta el final de su vida<sup>311</sup>. Para Lope de Vega, mujeriego empedernido, la mujer es siempre una suma de perfecciones, de bellezas... Su ideal es siempre la mujer, a la que idealiza reiteradamente.

Calderón de la Barca (Pedro Calderón de la Barca, 1600-1681), representó en el teatro español el estilo barroco del “Siglo de Oro” y siempre estuvo muy vinculado a los cómicos, antes de su tardía ordenación. “En la época de Calderón se prohibía representar a las mujeres, que eran sustituidas por muchachos; existía una censura teatral, se regulaban las representaciones en los conventos y se prohibían también los bailes por escandalosos. En 1644 se prohibió representar comedias, aunque se volvieron a autorizar en 1649, pero con severas condiciones. A pesar de todo ello, Calderón consigue llegar a ser el autor más importante del teatro español. Llevó a la escena, además de las costumbres de su época, el espíritu racial de su tiempo, sus creencias, sus ilusiones, su lenguaje. Todos sus personajes se expresan, sienten, se portan como españoles; los naturales, los exóticos, los realistas, los simbólicos”<sup>312</sup>. Precisamente, una de su mayores aportaciones fue en el terreno de los personajes, cuyos perfiles y caracteres se apartaban de todos los anteriores, creando mujeres rudas y determinantes –frente a la feminidad de Lope-, y personajes masculinos intensos, directos, pero a la vez sutiles. Ciertamente, asimismo, que Calderón, más que Lope, imprimió en sus obras un carácter de fuerte catolicidad. El amor, los

---

<sup>309</sup> Contemporáneos de Lope, cabe destacar a GUILLÉN DE CASTRO, autor de *Las mocedades del Cid*, imitado luego por Corneille; MIRA DE AMESCUA, autor de *El palacio confuso*, que sirve de inspiración a Corneille también para escribir su *Don Sancho de Aragón*; VÉLEZ DE GUEVARA, autor de más de cuatrocientas comedias, entre ellas *Reinar después de morir*.

<sup>310</sup> Él mismo lo asegura en sus versos: *Y más de ciento, en horas veinticuatro, pasaron de las musas al teatro*. Entre sus obras más conocidas podemos citar: *La estrella de Sevilla*, *Fuenteovejuna*, *La Arcadia*, *El caballero de Olmedo*, *La ilustre fregona*, *El mejor alcalde, el rey*, *Las grandezas de Alejandro*, etcétera. -JONVET, Jean, *El teatro*, *óp. cit.*, pág. 54.

<sup>311</sup> Lope, después de casado varias veces, viudo ya, con hijos legítimos y naturales, se hizo clérigo, lo cual no fue obstáculo para seguir escribiendo y estrenando -JONVET, Jean, *El teatro*, *óp. cit.*, pág. 51.

<sup>312</sup> *Ibid.*, págs. 54-55.

celos y el honor, son temas que desarrolla de un modo limpio y constante. Calderón es, por definición, el autor de los “autos sacramentales”<sup>313</sup>. Supo transformar este género teatral de una cosa monótona y fría en elucubraciones dramáticas palpitantes y amplias con un sentido eminentemente teatral.

“En el siglo XVII, sin embargo, el teatro [clásico] decae notablemente en Italia en lo que respecta a las piezas trágicas, a las fábulas pastoriles y a las comedias eruditas; sólo se sostiene la ‘Commedia Dell’Arte’ o comedia improvisada. Las principales características de la ‘commedia del arte’ eran la invariabilidad de los personajes y el que estas piezas no estaban escritas, sino que eran, pura y simplemente, improvisaciones. Alcanzaron fama dentro de ella, en Italia, Flaminio Scola, Andreini y las compañías de Silvio Fiorillo y Andrés Calcese”<sup>314</sup>. En Alemania, durante esta época, el teatro “clásico o tradicional” también vivió su crisis particular<sup>315</sup>. Este estado de cosas –concluye JONVET- hizo que el pueblo culto se entregara a la ópera italiana, que se iba enseñoreando de Europa.

Uno de los hitos más destacados de la actuación del siglo XVII fue la paulatina y hasta habitual incorporación de la mujer –actriz- a los elencos de las primeras compañías para representar papeles femeninos. A lo largo de dicha centuria, varias actrices españolas alcanzaron reputación, tales fueron los casos de Isabel Ana, María de los Ángeles, Francisca Baltasara -“La Baltasara”-, María Calderón -“La Calderona”-, María de Cisneros e Isabel Hernández -“La Velera”-.

Durante el siglo XVIII el teatro español del “Siglo de Oro” influyó extraordinariamente en todo el teatro europeo, especialmente en Francia, Italia, Alemania e Inglaterra<sup>316</sup>. En ese periodo entra

---

<sup>313</sup> Entre los “autos sacramentales” destacan *El gran teatro del mundo*, *Los encantos de la culpa*, *El gran mercado del mundo*. Y entre sus dramas, *El alcalde de Zalamea* (modificación de una obra de Lope del mismo título), *La vida es sueño* (existe también un auto sacramental con el mismo título), *El mágico prodigioso*, *A secreto agravio, secreta venganza*, *El pintor de su deshonra*, *El médico de su honra*, *El mayor monstruo*, *los celos...* - JONVET, Jean, *El teatro*, óp. cit., pág. 56-57.

<sup>314</sup> *Ibid.*, pág. 58.

<sup>315</sup> Dice JONVET, cuando se refiere a la situación del teatro alemán del siglo XVII, que “(...) Humildes compañías recorrían todo el país representando comedias con el sistema de la improvisación que habían recogido de las italianas. Los escasos autores con algún talento fueron desbordados por estos grupos de comediantes que preferían representar ante el público lo que se les ocurría antes que aprenderse unos textos o supeditarse a unas fórmulas. Una tremenda ola de chabacanería inundó la actividad teatral. Sólo la compañía de Juan Velthen dio cierto esplendor al teatro alemán de entonces. A este actor puede considerársele como el fundador del primer teatro real alemán. Su repertorio se componía de traducciones de Molière, Goldoni y Calderón, aunque para complacer a la concurrencia alternaba con representaciones de piezas improvisadas” - JONVET, Jean, *El teatro*, óp. cit., págs. 56-57.

<sup>316</sup> Es VOLTAIRE quien dice que Francia debe a España su primera tragedia y su primera comedia verdaderas. Por su parte, Molière plagió *El acero de Madrid*, *La discreta enamorada*, *El perro del hortelano* y *El mayor imposible*, de Lope, y la *Fingida Arcadia*, de Tirso. Corneille imitó a Guillén de Castro, a Lope y a Alarcón. Molière hizo una versión bastante justa de *Dresdén*, de Moreto, con el título *La princesa Elide*. Esta obra también fue traducida al italiano con el título *La principessa filosofa*. Y Rasnat, autor de *Mendumos*, imitó otra obra de Moreto. El propio Voltaire, que fue el primer autor que salió a recibir los aplausos del público, imita en sus obras a Ruiz de Alarcón. Matos Frago, Antonio Solís, Juan de la Hoz, Giménez de Enciso, Zárate, Hurtado de Mendoza, Leiva y Belmonte fueron otros tantos autores españoles muy estimados fuera de nuestras fronteras. Casi todo el teatro de Hardy está inspirado en el castellano, y Calderón ocupó los mejores teatros extranjeros de la época. La influencia española, muy amplia, llega sólo hasta el siglo XVIII para volver luego con Víctor Hugo, que lleva a Francia nuestro Romanticismo. También se ha señalado una notoria influencia española en varios autores italianos, y sobre todo en Shakespeare.

en escena el gran actor español Isidoro Máiquez (1768-1820) para revolucionar todo el teatro clásico. Máiquez<sup>317</sup> introdujo en nuestro país un nuevo método de interpretación y declamación, abandonando las normas y formas del teatro clásico de finales del siglo XVIII. Inició una corriente reformadora de la escena teatral -no sin una dura resistencia por parte de otros actores, críticos y público-, y de la propia concepción de su profesión, otorgando a los actores de una posición en la sociedad de la que, hasta ese momento, carecían<sup>318</sup>. La iniciativa de Máiquez destaca porque encabezó una reforma profunda de la interpretación como hasta el momento se había entendido, alejándose de las tradiciones y las maneras antiguas, siendo el fundamento de su método el realismo, basado en la “declamación interior”<sup>319</sup> y la observación de la realidad y de la naturaleza. El personaje y sus emociones llenaban la escena, haciendo olvidar al actor que estaba sobre el escenario, siendo fundamental la naturalidad en la dicción, en los gestos, en las miradas, y, en suma, en la interpretación, para dar realismo a la expresión de las emociones.

La segunda mitad del siglo XIX está dominada por dos tendencias literarias que tienen su reflejo también en la dramaturgia y en la forma de representación teatral: el realismo y el naturalismo<sup>320</sup>. Hasta el triunfo del Realismo<sup>321</sup> en la última década del siglo XIX, la actuación era en casi todas partes un despliegue de talentos individuales, mientras el resto de la representación se desarrollaba precariamente. Era necesaria la constitución de conjuntos de actores y la

---

En el año 1630 se representaban en Londres dramas castellanos. En Francia, en Italia, en Alemania y en Europa entera el teatro español fue objeto de la más viva atención y curiosidad en aquel siglo -JONVET, Jean, *El teatro, óp. cit.*, págs. 62 y 63.

<sup>317</sup> ISIDORO MÁIQUEZ fue un actor español y referente del teatro de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX de España, considerado uno de los mejores actores de su época.

<sup>318</sup> Contemporáneas de Máiquez fueron actrices de relevancia pública como Mariana Alcázar, Joaquina Arteaga, María del Rosario Fernández -“La Tirana”-, María Ladvenant y Quirante, Rita Luna y un largo etcétera. Ya en el siglo XIX, la participación de actrices en las obras teatrales es general y popular, destacando las hermanas Baus, Carmen Berrobianco, Amparo G. Galíndez o María López, entre otras muchas.

<sup>319</sup> ÁLVAREZ BARRIENTOS, Joaquín, en *Isidoro Máiquez y el teatro de su tiempo*, de Cotarelo y Mori, Emilio, Publicaciones de la Asociación de Directores de Escena de España, Serie Teoría y Práctica del Teatro núm. 31, Madrid, 2009, págs. 45 y ss.

<sup>320</sup> JONVET expresa este movimiento de la siguiente manera: “Una fuerte corriente de realismo invadió los escenarios europeos hacia la mitad del siglo XIX, corriente que duró hasta los primeros años de nuestro siglo. Este realismo, triste, áspero, directamente llegado de los países nórdicos, influyó poderosamente en el teatro de aquella época, en que el idealismo exaltado era el elemento principal de la obra, sobre la acción y la pasión, peculiares en el teatro de Francia, en el español y en el italiano. Este teatro es el de Ibsen, Sudermann, Hauptmann, Björnson, Maeterlinck... La obra de estos autores influyó de un modo básico en la literatura dramática prácticamente de todos los países, aunque no en todas partes la crítica ni el público lo recibían de la misma manera. (...) El realismo de la literatura nórdica no logró imponerse sino tras dura lucha, incluso en los países donde nació. En Alemania seguían mereciendo la atención del público las obras clásicas, y las obras nuevas de la época tuvieron que refugiarse en Berlín, en el ‘Deutsches Theater’, que era la catedral de las modernas directrices escénicas europeas” -JONVET, Jean, *El teatro, óp. cit.*, págs. 66-67.

<sup>321</sup> Hasta ese momento, *v.gr.*, el teatro alemán se debatió entre las nuevas corrientes y los influjos del teatro clásico español y el del renacimiento tardío. Como apunta JONVET, “en el siglo XVIII el renacimiento teatral en Alemania se debió principalmente a la literatura y a una actriz: CAROLINA NEUBERIN, que formó una compañía seria y bien disciplinada -apartándose del teatro improvisado y populachero- y comenzó a actuar en Leipzig, que se convirtió en la cuna del nuevo arte dramático alemán. La gran reformadora de la dramática alemana murió pobre y olvidada, pero su labor no fue inútil, ya que siguieron su camino JUAN FEDERICO SCHÖNEMANN y otros actores. CONRADO EKHOF, en cambio, se opuso a la escuela de Carolina Neuberin. (...) CONRADO ACKERMANN, discípulo de Ekhof, creó la escuela de Hamburgo, cuyas características eran: realismo, verismo y espíritu nacional. Después, SCHRODER fundó el teatro nacional de Viena. GOETHE, en cambio, no siguió las teorías de la escuela de Hamburgo, y en su teatro de Weimar creó una especial manera que tuvo partidarios y adversarios. Propugnaba el estilo clásico griego: maneras graves, voces altisonantes, movimientos lentos, rítmicos... Lo que se perdía en naturalidad se ganaba en dignidad, en afectación, en la tónica mecánica que encantaba a SCHILLER. Contra la escuela de Weimar se levantó IFFLAND, director del Teatro Nacional de Berlín, partidario del naturalismo” - JONVET, Jean, *El teatro, óp. cit.*, pág. 65.

armonización de todos los elementos teatrales. Esto sucedió gracias a tres innovadores. Aunque sus ideas sobre la representación se dedicaban al drama musical, el polifacético Richard Wagner<sup>322</sup> influyó también en el ámbito del teatro por su idea de fundir todos los factores de la producción teatral en un todo expresivo. Por otra parte, el Duque de Meiningen<sup>323</sup>, llamado el Duque del Teatro, impulsó en su corte la formación de conjuntos de actores donde los grandes intérpretes no fueran los únicos protagonistas, sino que todos actuaran en una misma línea de expresividad. La tercera persona que contribuyó a esta idea, y de la que ya hemos hablado anteriormente, es André Antoine, con su Teatro Libre, que encontró imitadores y seguidores en todo el mundo.

En esta época encontramos grandes actores que brillaron en los teatros europeos de finales del siglo XIX, como las actrices francesas<sup>324</sup> Elisabeth Rachel (especialista en las tragedias clásicas francesas, que viajó en constante éxito por Europa y EEUU) y Sarah Bernhardt (que triunfó como actriz trágica); grandes actores y actrices italianos<sup>325</sup> de la época fueron Adelaida Ristori y Tommaso Salvini. Pero pronto se impondrían los conjuntos o grupos de actores adscritos a un teatro, como el formado en el “Burgtheater” de Viena, donde reinaba sobre todo la actuación de conjunto. Quien desarrolló esta idea plenamente fue el Duque de Meiningen, quien después de ver el trabajo del actor inglés Charles Kean y los trabajos del Burgtheater vienés, fundó su propia compañía, “Ensamble de Meiningen”, con la que influyó en toda Europa, especialmente en la propia Alemania, en Francia, Inglaterra y Rusia.

---

<sup>322</sup> RICHARD WAGNER (1813-1883), cuyo nombre completo Wilhelm Richard Wagner, fue un compositor, director de orquesta, poeta, ensayista, dramaturgo y teórico musical alemán del Romanticismo. APPIA fue un ferviente admirador de Wagner, a pesar de mantener algunas posiciones antagónicas, hasta el punto que publicó después de la muerte de Wagner *La puesta en escena en el drama Wagneriano*, en un intento por reconstruir el drama wagneriano. De hecho en su obra *La música y la puesta en escena* (1899), APPIA acude a muchas ideas de Wagner -APPIA, Adolphe, *La música y la puesta en escena – la obra de arte viviente*, publicada por la Asociación de Directores de Escena de España (ADE), Madrid, 2000, págs.. 17 a 23.

<sup>323</sup> JORGE II DE SAJONIA-MEININGEN (1826-1914), duque de Sajonia-Meiningen, gran intelectual y devoto del teatro, que le llevó a crear la compañía teatral de Ensamble de Meiningen. Él y su ensamble recorrieron Europa extensamente, y tuvo un profundo efecto en la producción teatral en todo el continente. El Ensamble de Meiningen, desde sus raíces a finales de la década de 1830 bajo la dirección de Jorge II (duque de Sajonia-Meiningen) y Ludwig Chronegk, procedió a desarrollar una compañía de teatro despojada de agentes teatrales y del *star system*. Un sistema centrado en la actuación, una puesta en escena realista y una producción 'unificada' bien desarrollada. Como en todo el movimiento realista, el artista teatral debía crear la ilusión de la vida cotidiana diaria. Su mayor contribución al escenario no fue sólo el uso de elementos e indumentaria realistas sino en la forma en la que intentó integrar a los actores en la puesta en escena. Pedía que todos los actores estuvieran en la mayoría de los ensayos y resolvía cuidadosamente las acciones de cada uno en las escenas multitudinarias. Los miembros individuales y los actores principales, se esperaba que realizaran investigación específica y análisis de los personajes relacionados con los eventos representados sobre el escenario.

<sup>324</sup> Pues en este periodo y hasta principios del siglo XX, el teatro francés adquirió su verdadero esplendor y desarrollo, lo cual dio también como fruto grandes actores como las dos actrices referidas y otros como COQUELÍN, REJANE, SUSANNE DESPRESS, CECILE SOREL, etc -JONVET, Jean, *El teatro, óp. cit.*, págs. 66-67.

<sup>325</sup> Pues también el teatro en Italia, cuna del impresionismo escénico, como consecuencia de las obras de Ibsen, de Maeterlinck, de Strindberg, etc., adquirió en los últimos años del siglo pasado cierto esplendor, que no había tenido durante la primera mitad del siglo. El naturalismo prendió muy pronto en Italia, y entre sus grandes cultivadores puede mencionarse a BRACCO, VERGA, PRAGA, ROVETTA, etc. D'ANNUNZIO creó en Italia una dramática original (...), su lema es: “Renovarse o morir”, y lo practica con una insospechada fidelidad a sí mismo y a sus propias ideas -JONVET, Jean, *El teatro, óp. cit.*, págs. 68-70.

En el umbral del siglo XX<sup>326</sup>, en España, tras la muerte de los actores Rafael Calvo (1888) y de Antonio Vico (1903) -inmensos exponentes de la escena española-, toman el relevo nacional y latinoamericano la pareja María Guerrero y Fernando Díaz De Mendoza para ennoblecer el arte dramático patrio. Hasta la aparición de estos dos artistas, las compañías se formaban pensando sólo en las primeras figuras. Con tal de que la primera actriz o el primer actor fuesen famosos, había bastante. El resto de la compañía importaba poco, por no decir nada. María Guerrero y Díaz De Mendoza se preocuparon de que hasta el último papel estuviese bien interpretado. Ellos fueron los primeros en montar las obras con la máxima propiedad, tanto en decorados como en muebles y *atrezzo*. Compraron el Teatro de la Princesa (hoy María Guerrero), de Madrid, y en él realizaron temporadas de éxitos clamorosos. Si bien su repertorio básico era el teatro romántico, dieron paso a los autores nuevos (Galdós, Villaespesa, Benavente, Linares Rivas, Martínez Sierra y Marquina). Por los mismos años triunfaban en los escenarios españoles María Fernanda León Guevara, María Tubau, Rosario Pino, Matilde Moreno, Francisco Morano, Aurora Redondo, Ernesto Vilches, Julia Caba, Ricardo Calvo (último cultivador del teatro clásico y romántico), María Del Carmen Prendes, Carmen Díaz y otros muchos, se esforzaron en dar a la escena española un tono de dignidad y prestigio.<sup>327</sup>

En Rusia, el realismo se convirtió en teatro psicológico con la obra de Antón Chejov, cuyo éxito es inseparable de la fundación del Teatro del Arte de Moscú por Stanislavski y Dachenko. El Teatro del Arte de Moscú llegó a constituirse como uno de los grandes conjuntos de actores del mundo y su objetivo no era captar los aspectos superficiales del realismo, sino representar lo que STANISLAVSKI llamaba la “verdad interior, la verdad del sentimiento y de la experiencia”<sup>328</sup>. El Teatro del Arte de Moscú, consigue que Antón Chejov, que había fracasado anteriormente con su obra *La gaviota*, se convenciera de seguir escribiendo para el teatro, y así surgieron obras maestras del drama como *El tío Vania*, *Las tres hermanas* o *El jardín de los cerezos*. En sus obras no se produce el conflicto de héroes o heroínas, sino que la historia parte ya de un conflicto en el que esos héroes y heroínas han sido ya derrotados; no luchan, sino que se abandonan a un destino ya cumplido; la obra desarrolla esa derrota vital de los personajes. Autor

---

<sup>326</sup> El realismo español está representado por las obras teatrales de BENITO PÉREZ GALDÓS -que en su caso, y a veces, son adaptaciones de sus novelas-, TAMAYO, LÓPEZ DE AYALA, VENTURA DE LA VEGA, LEOPOLDO ALAS “CLARÍN” y JOSÉ ECHEGARAY, que obtuvo el Premio Nobel de literatura en 1904, y que fue un autor de éxito en su momento, pero hoy poco considerado. En esos tiempos la zarzuela y su género chico (“el sainete”) adquieren su momento álgido de la mano de ARRIETA, BARBIERI, CHAPÍN y GAZTAMBIDE, pero más tarde entró en declive hasta nuestros días. Su movimiento predecesor, el romanticismo, en la España del siglo XIX, se desarrolló a partir de 1830 (una vez superada la época de Máiquez, que competía en la escena universal con Talma, Garrick y Devrient) de la mano de JOSÉ ZORRILLA, GIL DE ZÁRATE, BRETON DE LOS HERREROS, EL DUQUE DE RIVAS, HARTZENBUSCH, entre otros -JONVET, Jean, *El teatro, óp. cit.*, pág. 70.

<sup>327</sup> *Ibid.*, págs. 71-72.

<sup>328</sup> STANISLAVSKI, Konstantin, *El trabajo del actor sobre sí mismo en el proceso creador de la vivencia*, traducido y anotado por Jorge Saura García, Ed. Alba, Artes Escénicas. 4ª ed., Barcelona, 2014, pág. 171.



muy diferente es Máximo Gorki, que representa el teatro para el pueblo, frente a un teatro dirigido a la nobleza primero y a la burguesía después. Su obra más célebre es *Los bajos fondos*, trata sobre personajes tomados de la realidad observada en los caminos y posadas miserables de Rusia.

Como se ha podido observar, toda evolución del arte de la interpretación va de la mano de la evolución de la propia dramaturgia y viceversa, pues se trata de formas creativas estrechamente vinculadas, que se retroalimentan y que se necesitan mutuamente. Así, en esta primera mitad del siglo XX y del lado de la dramaturgia, emerge un autor –parcialmente actor– que cambiará la forma de escribir teatro: Jacinto Benavente. Al teatro de gritos y “aportes” opone Benavente un teatro que hay que hablarlo con naturalidad, sin exageraciones, dice Jean Jonvet<sup>329</sup>. Pero el de más grandeza y el de más calidad es don Ramón del Valle Inclán, que, si bien no obtiene grandes éxitos de público, consigue que sus obras lleguen hasta nuestros días con toda vigencia<sup>330</sup>. En el panorama actoral, Margarita Xirgu, una de las actrices más destacadas e inteligentes que ha tenido el teatro español, estrena *Santa Juana*, de Bernard Shaw, y dedica su arte a acreditados autores extranjeros y a Federico García Lorca<sup>331</sup>.

Como es sabido, en las postrimerías del siglo XIX, concretamente el 28 de diciembre de 1895, Louis y Auguste Lumière presentaron ante el público la primera proyección de imágenes en movimiento, luego de haber creado poco antes el *cinematógrafo*, tras el antecedente del *kinetoscopio* de Thomas Edison<sup>332</sup>. Nació así lo que unos denominaron la nueva fábrica de sueños. Al principio, los hermanos Lumière no tuvieron excesiva confianza en las capacidades técnicas y artísticas del cinematógrafo –que registraba imágenes en movimiento, pero no las reproducía–, si bien, en la medida que lograron su proyección el público va acudiendo paulatinamente a estos eventos atraídos por la relevante novedad técnica que ello significaba. Las proyecciones de cine comenzaron siendo una atracción arrinconada en espectáculos circenses y de ilusionismo, pero poco a poco fue captando el interés de algunos realizadores noveles que descubrieron el potencial que esta nueva técnica prometía y nacieron pequeños estudios tanto en Estados Unidos como en Europa (en Francia y Reino Unido, principalmente).

---

<sup>329</sup> *Ibid.*, pág. 74.

<sup>330</sup> De esta época son también otros autores que alcanzan el éxito con formatos de teatro bien diferenciados, tales son, entre otros, VILLAESPESA, que seguía cultivando un teatro romántico en verso; LINARES RIVAS, que, sin llegar al efectismo exagerado de Echegaray, estaba más cerca de éste que de otros; GREGORIO MARTÍNEZ SIERRA, con sus obras dulzonas y suaves; los hermanos SERAFÍN y JOAQUÍN ÁLVAREZ QUINTERO, que cultivaron un teatro gracioso y evasivo, con pocas complicaciones; CARLOS ARNICHES, que resucita el sainete; PEDRO MUÑOZ SECA, que ofrece al público lo que éste quiere: divertirse –JONVET, Jean, *El teatro*, *óp. cit.*, pág. 74.

<sup>331</sup> *Ibid.*, págs. 75-76.

<sup>332</sup> En realidad, el *cinematógrafo* es una evolución del *kinetoscopio*, siendo éste un artefacto de difícil manejo, frente a aquél que se adaptaría a los términos de una cámara portátil y funcional.

En cuanto al contenido, los inicios de este arte se debatía entre el cine documental y el de ficción. En general, las primeras temáticas prescindían de las interpretaciones actorales y se orientaban hacia la documentación de escenas de la vida cotidiana filmadas en exteriores: eventos, transeúntes, salidas de lugares públicos o fábricas, trenes y barcos; tan sólo esporádicamente se fijaban escenas representadas en interiores con un contenido de ficción. De esta fase iniciática son, por ejemplo, las famosas cintas de 1895: *Salida de la fábrica* y *La llegada del tren a la estación*. Sin embargo, pronto se vieron las posibilidades de elaborar temas de ficción y de perfeccionar las técnicas de proyección para poder expandir un nuevo arte que atesoraba muchas expectativas de toda índole, pese a las limitaciones técnicas de la época.

Las primeras obras cinematográficas apenas contaban con una duración de unos pocos minutos, y la producción era muy artesanal (decorados, vestuarios...), así como los guiones, que distaban significativamente de los argumentos elaborados del teatro. La primera obra cinematográfica que fue un verdadero éxito comercial y artístico fue *El viaje a la luna*, de Georges Méliès, en 1902, y que fue comercializada tanto en Europa como en Estados Unidos<sup>333</sup>, si bien, los comienzos del arte cinematográfico se antojaron complicados.

Precisamente, el cine tuvo una primera crisis en los primeros años del siglo XX, potenciada por unos contenidos poco atractivos, guiones de baja calidad, que obligaron a una reformulación de principios, encargando los guiones a grandes escritores y contratando a los más significados actores de la escena francesa<sup>334</sup>: Le Bargy, Albert Lambert, Bartet, Sarah Bernhardt, entre otros. Igualmente, se acudió a la colaboración de los mejores escenógrafos y músicos para la puesta en escena, para dar una mayor calidad a las obras, que facilitarían su comercialización.

Le Bargy fue uno de los referentes del cine mudo francés, desarrollando una técnica de interpretación específica para este tipo de actuación, sustituyendo la palabra por la mímica, sin caer en la sobreactuación o en la pantomima. Le Bargy fue un maestro de la interpretación para otras escuelas de interpretación extranjera, sobre todo para los norteamericanos<sup>335</sup>.

En Estados Unidos, el periodo comprendido entre 1908 y 1914 fue un periodo de esplendor y de éxito, con el cine como principal entretenimiento de los inmigrantes, cuyo bajo poder adquisitivo y su desconocimiento del inglés los mantenía alejados del teatro. Las producciones de cine

---

<sup>333</sup> SADOUL, George, *Historia del cine mundial: desde los orígenes*, 19ª ed., Siglo XXI editores, México DF, 2004, pág. 30.

<sup>334</sup> “Actores famosos, obras famosas”, lema de la Film d’Art., SADOUL, George, *óp. cit.*, pág. 97.

<sup>335</sup> *Ibid.*, pág. 61.

contaban con los mejores actores de teatro, y también con nuevos y especializados actores de cine, que fueron los que tuvieron mayor éxito y arrastraban al público a los teatros, donde comenzaron a exhibirse las películas. La inversión y esfuerzo de los propietarios de los estudios en descubrir nuevos actores y talentos era cada vez mayor, ahí estaba la fuente de su fuerte competencia. Este periodo de apogeo del cine americano dio nombres de la altura de Mack Swain, Roscoe Arbuckle, Ben Turpin, Mary Pickford, Harold Lloyd, Bing Crosby y un joven actor inglés llamado Charles Chaplin.

El desarrollo técnico de estas primeras obras, a pesar de la mejora de los guiones y la interpretación, no estaba muy evolucionado y no disponía de sonido real del rodaje, por lo que las obras cinematográficas se completaban con el sonido de un piano u orquesta que acompañaba las secuencias y de un narrador (en la mayor parte de las ocasiones la narración y los diálogos se incluían en pantalla, mediante cuadros de texto). El arte de la cinematografía alcanzó su plena madurez incluso antes de la aparición de las películas sonoras, a finales de los años 1920, para cuyo entonces ya era un fenómeno social de grandes dimensiones y en medio mundo eran conocidos los personajes que encarnaban las primeras estrellas del cine mudo: Charlot, El Gordo y el Flaco, Buster Keaton, Harry Langdon o Fatty Arbuckle.

El cine cuenta con diversos movimientos artísticos a lo largo del siglo XX, cual ocurre con otras artes, como la pintura o la literatura. El vanguardismo, movimiento de las primeras décadas del siglo XX, supone una ruptura con lo tradicional, con lo “antiguo”, dando valor a la libertad de expresión y a la modernidad. En el cine existen tres etapas dentro del movimiento cultural vanguardista: el impresionismo francés (con destacados directores como L’Herbier, Dulac o Epstein), el cine surrealista (que busca la expresión poética del subconsciente) y el cine expresionista alemán (nació en 1910, como reacción al impresionismo y el naturalismo). Obras de referencia de este movimiento son *El gabinete del Doctor Caligari* y *Metrópolis*, y destaca la actriz Marlene Dietrich. Precisamente, el cine español sobresale en el movimiento surrealista de la mano de Luis Buñuel y sus obras de referencia, *Un perro andaluz* y *La edad de oro*.

El cine americano continúa con su apuesta por el beneficio material sobre la belleza, la estética o la poética. El centro industrial cinematográfico por excelencia de Estados Unidos, Hollywood, se ha convertido en un próspero centro de negocios, donde se filman películas y, además, nacen las grandes estrellas para interpretarlas (Mae West, Rodolfo Valentino, Douglas Fairbanks, John Gilbert, son algunos de los grandes actores de este momento).

El final de la década de los años veinte marcó un hito en la historia del cine y la interpretación, con la llegada del cine sonoro. Al principio, las innovaciones técnicas que suponían la incorporación del sonido a las obras audiovisuales hicieron creer que se perdería parte de la calidad fotográfica de las películas, restando valor a los planos o la fotografía, si bien, pronto se aprovecharon las múltiples ventajas que aportaron el sonido, dando una extraordinaria relevancia a los diálogos y a nuevos géneros, como los musicales. La llegada del cine sonoro también afectó a la interpretación, ya que no bastaba con ser un actor o actriz fotogénico, si no que la voz y la dicción eran igualmente importantes, quedando muchos actores relegados tras la irrupción del sonido en las películas. La llegada del cine sonoro se consideró el despegue definitivo de Hollywood como epicentro de producción audiovisual, título que sigue manteniendo hoy día. Con el cine sonoro destacaron grandes estrellas durante los años 30 y 40, conocidos como el *star system* de Hollywood: Gary Cooper, Clark Gable, Errol Flynn, Tyrone Power, Boris Karloff, Cary Grant, James Stewart, Robert Taylor, Humphrey Bogart, Spencer Tracy, Orson Welles, Gregory Peck, John Wayne, Greta Garbo, Marlene Dietrich, Bette Davis, Joan Crawford, Katherine Hepburn, Joan Fontaine, Olivia de Havilland, Ingrid Bergman, Vivien Leigh, Rita Hayword, Judy Garland o Lauren Bacall.

En cuanto al nacimiento del cine en España, todos los autores consultados coinciden en que la historia del siglo XX en nuestro país difiere en cuanto a etapas e hitos históricos de las que corresponden a nuestros vecinos europeos y a Estados Unidos. El cine llegó a España en 1896, de la misma forma que llegó a otros países de nuestro entorno europeo, con estructura “documental” de apenas unos minutos, reflejando tradiciones y costumbres de la sociedad española. Los fundadores de la industria cinematográfica en nuestro país fueron el catalán Fructuós Gelabert y el aragonés Segundo de Chomón, y el centro neurálgico de la producción cinematográfica fue Cataluña, fundamentalmente.

La primera Guerra Mundial supuso para el cine español una suerte de periodo dorado, ya que se aprovechó para la realización de numerosas películas que pudieron comercializarse fuera de nuestras fronteras. Cabe destacar en este periodo –ya entrando en los años 20- actores como Florián Rey y Benito Perojo, que también destacaron como directores.

Cuando se proclamó la Segunda República, la industria cinematográfica de España tuvo un extraordinario desarrollo, con el apoyo del propio Gobierno, y con temáticas costumbristas, sociales, folclóricos, entre sus argumentos, si bien, cuando estalla el conflicto bélico, el cine queda relegado a la creación de documentales de carácter propagandístico. En los años 30,

destacó la conocidísima actriz Imperio Argentina (con películas tan conocidas como *Nobleza Baturra* o *Morena Clara*), los ya consolidados Florián Rey y Benito Perojo, Luis Marquina, Miguel Ligeró, Manuel Luna, Antoñita Colomé, Raquel Rodrigo y, en los últimos años, Estrellita Castro<sup>336</sup>.

Tras la Guerra Civil, la industria audiovisual se pone en marcha bajo el proteccionismo estatal, comenzando la producción de películas de carácter bélico y, más adelante, de carácter épico. Nace en 1941 la medida de doblar las películas extranjeras exhibidas en España, que, si bien permite a las autoridades “manipular” a conveniencia los diálogos de las obras, tuvo también un efecto no tan positivo, como fue alentar el consumo de cine extranjero ya que, en su versión original, no hubiera resultado tan atractivo para la sociedad. En la década de los años 40 destacaron los actores y actrices por su calidad interpretativa, aunque en algunos casos todavía quede patente la excesiva dramatización de algunos papeles, fruto de su formación teatral y su doble vertiente actoral.

Es la época de un *star system* consolidado, con los mejores actores y actrices de la época: Manuel Luna, Rafael Durán, Amparo Rivelles, Alfredo Mayo, Ismael Merlo, Luis Peña y Aurora Bautista, y destacan grandes actores y actrices en los papeles secundarios, que no desmerecen de los principales y que son fundamentales en el desarrollo de las tramas: Juan Espantaleón, Antonio Riquelme, Fernando Freyre de Andrade, Guadalupe Muñoz Sampedro o Camino Garrigó.

Alcanzado el ecuador del siglo XX<sup>337</sup>, aunque con carrera iniciada con anterioridad, Antonio Buero Vallejo destaca a través de un teatro más social y que asume en el escenario problemas de enjundia<sup>338</sup>. De su obra destaca *En la ardiente oscuridad*, *Hoy es fiesta* e *Historia de una escalera*. Y entre los actores y actrices más relevantes de la época -algunos con carreras iniciadas

---

<sup>336</sup> Recursos de Cine del Ministerio de Educación. Disponible en línea a través de la Web: <http://recursos.cnice.mec.es/media/cine/bloque3/index.html>

<sup>337</sup> También por los años cincuenta del pasado siglo XX surge en el teatro español el director de escena. Entre los directores de esa época cabe nombrar a JOSÉ TAMAYO, uno de los primeros en asumir esta responsabilidad y quizás el más espectacular de ellos. JOSÉ LUIS ALONSO, CAYETANO LUCA DE TENA, LUIS ESCOBAR, CLAUDIO DE LA TORRE (también comediógrafo) y ALBERTO GONZÁLEZ VERGEL, que busca volver a los métodos rusos de interpretación -JONVET, Jean, *El teatro*, *óp. cit.*, pág. 78.

<sup>338</sup> Los contemporáneos de BUERO VALLEJO afrontaron corrientes y objetivos diferentes en una etapa de cambios sociológicos y culturales importantes. “ALFONSO PASO cubre la mayor parte de los estrenos. Paso es un autor discutido, pero que llena los teatros. MIGUEL MIHURA introduce en el teatro español un humor nuevo e inteligente que ya empezó a cultivar ENRIQUE JARDIEL PONCELA. JOAQUÍN CALVO SOTELLO es un escritor fino y hábil que siempre interesa. JOSÉ MARÍA PEMÁN impregna sus obras de una poesía cálida y luminosa que las hace siempre agradables” -JONVET, Jean, *El teatro*, *óp. cit.*, págs. 76-77.

antes o durante la década de los cuarenta y otros iniciando una trayectoria profesional extraordinaria durante las siguientes décadas<sup>339</sup>.

Si la anterior generación ya intercalaba actuaciones teatrales y cinematográficas, el siguiente grupo generacional, siquiera en sus inicios, marcó más aún la transición de la interpretación teatral a la cinematográfica y televisiva, aunque el teatro seguía siendo el medio de mayor peso de la actividad artística hasta mediados de la década de los setenta. Obviamente, cualquier intento por clasificar a los actores y actrices por grupos generacionales está llamado al fracaso o a la inexactitud, pues la realidad pone de manifiesto que no se pueden marcar líneas divisorias entre generaciones que se mezclan, concurren e integran en una actividad como la teatral, cinematográfica o televisiva que requiere personajes de todas las edades y condiciones.

Además, a partir de mediados del siglo pasado, el incremento de la actividad actoral – consecuencia de la expansión de los nuevos medios como el cine y la televisión, principalmente – dificultó sobre manera el encasillamiento de los actores por épocas y géneros. Por tanto, ese intento de ordenar a los actores bajo criterio generacional tan solo debe entenderse en el ánimo de esbozar la evolución general de ese trabajo creativo en la España del siglo XX.

Advertido lo anterior, hemos de apuntar -dentro de la amalgama que constituye el colectivo actoral- que la siguiente generación que irrumpió con fuerza y fundamento en el panorama escénico español acabó dominando, en muchos casos, el ámbito cinematográfico y televisivo<sup>340</sup>. Grandes nombres de la interpretación mantuvieron su estrellato en estas décadas, pero en las décadas de los años 50 y 60, surgieron nuevas estrellas del cine en Estados Unidos y otros países europeos que dieron magníficas interpretaciones, fundamentalmente al cine, con registros muy diferentes<sup>341</sup>.

---

<sup>339</sup> Podemos destacar a José “Pepe” Isbert, Paco Rabal, Sara Montiel, Fernando Rey, Asunción Balaguer, José Bódalo, Enrique Diosdado, Lola Lemos, Alberto Closas, Amparo Soler Leal, José María Roderio, Carmen Sevilla, Tony Leblanc, Adolfo Marsillach, Fernando Fernán Gómez, Analía Gadé –cuya carrera inició en su país natal: Argentina- Narciso Ibáñez Menta, Manolo Morán, Pedro López Lagar, Enrique Guitart –que durante cerca de diez años paseó por todo el mundo *Las manos de Eurídice*, obra de un sólo personaje-, Juan Calvo, José María Caffarel, Asunción Sancho, Luis Barbero, Luis Prendes, Lucía Bosé, Joaquín Roa, Juan Calvo, Miguel Gila, Isabel Garcés, Mercedes Prendes- que, con sus hermanos Mari Carmen y Luis forman una dinastía de gran prestigio-, Guillermo Marín, Manolo Gómez Bur, Ana Mariscal, Paco Martínez Soria, Rafaela Aparicio, Fernando Sancho, Carlos Lemos, Alfonso Del Real, Antonio Casal, Jorge Mistral, Félix Fernández, José Luis Ozores, Carlos Larrañaga, Gustavo Rojo, José Calvo, Antonio Riquelme, Lola Flores, Antonio Molina, Rafael Alonso, Eduardo Fajardo, Vicente Parra, Félix De Pomés, Emma Penella, Encarna Paso, Julia Trujillo, Irene Gutiérrez Caba, Montserrat Carulla, María Luisa Ponte, Helga Liné, Mari Carrillo, María Isbert, Antonio Ferrandis, y otros muchos que harían la lista interminable.

<sup>340</sup> Hablamos de nombres tan representativos como Nuria Espert, Agustín González, Amparo Baró, Juanito Navarro, Lola Herrera, Manuel Alexandre, Alfredo Landa, María Asquerino, Antonio Garisa, Juanjo Menéndez, José Luis López Vázquez, Gracita Morales, Antonio Ozores, José Sazatornil, Arturo Fernández, Lina Morgan, Fernando Guillén, Manuel Galiana, José Rubio, María Luisa Merlo, Pilar Bardem, Terele Pávez, Manolo Escobar, Chus Lampreave, Gemma Cuervo, Nati Mistral, María Jesús Valdés, Alicia Hermida, María José Alfonso, entre otros.

<sup>341</sup> Así, comenzaron su carrera en estas décadas Paul Newman, Robert Redford, Clint Eastwood, Robert Wagner, James Dean, Marlon Brando, Rock Hudson, Elisabeth Taylor, Doris Day, Marilyn Monroe, Ava Gardner, Audrey Hepburn...y un largo etcétera. El cine europeo también contó con actores destacados, algunos incluso trabajaron a ambas orillas del Atlántico, así,

En paralelo, la puesta en marcha de TVE desde 1956 supuso, sobre todo a partir de la siguiente década de los años 60, un momento de esplendor con una mayor diversidad de géneros, y con unas instalaciones técnicas que permitieron poner en marcha nuevos y ambiciosos proyectos. El gran éxito de audiencia en aquellos años lo supuso la ficción, con la puesta en marcha de *Estudio 1*, la representación televisiva (grabada) de obras de teatro que comenzó su andadura en 1965, y que completó 20 años de programación. Estudio 1 trasladó a la pequeña pantalla las representaciones teatrales que el público ya seguía en otros programas anteriores pero que, a diferencia de Estudio 1, eran retransmisiones de obras de teatro –en ocasiones, incluso, en directo.

El cine de este periodo dio un fuerte espaldarazo a títulos de entretenimiento y comedia, propiciado por películas como *La gran familia* (1962), de Fernando Palacios, o *Las que tienen que servir* (1967) de José María Forqué –entre otros muchos títulos. En este momento despegó el cine de niños prodigio (como Marisol), y películas de promoción de los cantantes de época, un género muy recurrente en los sesenta, con protagonistas como Raphael, Massiel, El Dúo Dinámico o Manolo Escobar... Asimismo, en ese período también se hizo una apuesta por el cine con argumentos más profundos y dramáticos (como contrapunto al cine de comedia y familiar), con títulos destacados *Los Farsantes* (1963), de Mario Camus, *La tía Tula* (1964), de Miguel Picazo, *Nueve cartas a Berta* (1965), de Basilio Martín Patino, entre otros.

Una nueva generación de actores nacidos en la postguerra civil, se abrió paso, de forma simultánea, en la escena, en el cine y en la televisión de los años sesenta y setenta para cuajar dilatadas trayectorias, en muchos casos, hasta entrado el siglo XXI<sup>342</sup>.

El cine español de los años setenta ofreció una doble vertiente productiva, con un cine más comercial, que fue el que efectivamente dominaba, y otra corriente que produjo un cine más intelectual y comprometido. Referente del cine más comercial fue la comedia *pícaro*, una corriente más conocida como "landismo", que tiene que ver con la prolífica trayectoria de

---

podemos nombrar a Jean Paul Belmondo, Alain Delon, Sofia Loren, Claudia Cardinale, Catherine Deneuve, Vittorio Gassman, Gina Lollobrigida, Yves Montand...

<sup>342</sup> En este grupo generacional de transición de la interpretación teatral a la cinematográfica y televisiva, podemos nombrar a Juan Luis Galiardo, Concha Velasco, Juan Diego, Carmen Maura, Marisa Paredes, José Sacristán, Charo López, Manolo Zarzo, María Luisa San José, Florinda Chico, Esperanza Roy, Ana Belén, Ana María Vidal, Beatriz Carvajal, Luis Varela, Sonia Bruno, Emilio Gutiérrez Caba, Julia Gutiérrez Caba, Josep María Pou, Paca Gabaldón, Sancho Gracia, Laly Soldevilla, Tina Sainz, Silvia Solar, Álvaro De Luna, Lola Gaos, Maite Blasco, Ana Diosdado, Julieta Serrano, Rocío Dúrcal, Pepa Flores "Marisol", Silvia Tortosa, Mónica Randall, Concha Cuetos, entre otros muchos.

algunos actores (Alfredo Landa -que da nombre a este movimiento-, pero también José Sacristán y José Luis López Vázquez) y el cine que abordó ciertos temas que pretendían hablar del liberalismo social, sobre la base del creciente turismo extranjero.

En televisión, el periodo histórico de la Transición se reflejó en la producción de una categoría de series que pretendían ser reflejo de unos nuevos valores democráticos que ya se estaban fraguando en la nueva sociedad. La ficción televisiva cuida de forma extraordinaria sus argumentos y las interpretaciones actorales, y destacó con series emblemáticas como *Curro Jiménez* (1977-1978), *Cañas y barro* (1978), *La Barraca* (1979), *Fortunata y Jacinta* (1980) y *Verano azul* (1981-1982). La televisión y el cine durante los años 70 adquirieron en España un peso específico muy importante y con una capacidad tal de llegar al público –el consumo televisivo ya se ha generalizado y el cine permite contar historias de manera distinta-, que supone que la escena quede relegada y los actores encaminen sus pasos hacia los dos primeros.

En este periodo destacaron actores que ya habían comenzado a dar su primeros pasos en las décadas de los 50 y 60 –Concha Velasco, José Luis López Vázquez, Alfredo Landa, José Sacristán, Carmen Maura, Charo López, Ana Belén, y otros tantos- y surgieron nuevos actores como Eusebio Poncela, Joaquín Hinojosa, José Luis Gómez, Rosa María Sardá, Teresa Gimpera, Ágata Lys, Ángela Molina, Paco Algora, Josele Román, Bárbara Rey, Xabier Elorriaga, Kity Mánver, Mercedes Sampietro, Pepe Sancho, Carmen Elías, Ana Torrent, Andrés Pajares, Fernando Esteso, Mario Pardo, María Kosty, Cecilia Roth, Verónica Forqué, ...

En los años sesenta y setenta, no solo se programan contenidos de ficción de producción nacional, sino que también se emiten series míticas estadounidenses, como *Bonanza*, *La Casa de la Pradera*, *Colombo*, *Starsky y Hutch*, y un largo etcétera. El cine americano experimenta precisamente en esa década una crisis de producción frente a la importancia y relevancia que está alcanzando la creación televisiva, reflejo de los nuevos gustos de los espectadores y la cada vez más común adquisición de televisiones en los hogares.

La década de los ochenta fue especialmente fructífera, e incluso podríamos clasificarla como “audaz”, en la creación audiovisual. La ficción televisiva de RTVE gira hacia nuevos contenidos que no habían sido abordados anteriormente. Así aparecen series de sucesos como *La huella del crimen* (1985) o *El Lute* (1988), series sobre cuestiones sociales como *Anillos de oro* (1983), *Segunda Enseñanza* (1986), o *Turno de oficio* (1986 y 1987). Lo más llamativo de la ficción de los años ochenta es la visión sobre los preludios de la guerra civil –que hasta entonces no habían



sido afrontados- con series como *La plaza del diamante* (1982), *Los gozos y las sombras* (1982), *Crónica del alba* (1983), *Lorca, la muerte de un poeta* (1987), *La forja de un rebelde* (1990), *Los jinetes del alba* (1990), entre otras.

En la pequeña y gran pantalla de los ochenta irrumpen con fuerza nuevos rostros que pronto se consolidaron en el planeta de la interpretación audiovisual<sup>343</sup> con nuevos métodos interpretativos y sin el bagaje previo, en la mayoría de los casos, de la actuación teatral. No obstante lo anterior, mantienen su peso específico grandes actores de los años 50 y 60 que dotan, a través de sus interpretaciones, de valor y de carisma a las grandes series y las películas de este periodo sin perder su alma teatral, y aportan la experiencia y el público de décadas anteriores.

La década de los noventa abrió una nueva perspectiva en cuanto a la producción audiovisual. Se abandona lo estrictamente cinematográfico, para comenzar a hablar de un sector más amplio, con distintas ventanas de distribución (televisión, vídeo...) que hace replantear el modelo de negocio existente hasta ese momento.

RTVE deja de ser la única productora y sostenedora de la ficción televisiva y cinematográfica y se da paso a las televisiones privadas (Telecinco y Antena 3 TV) y a las públicas autonómicas integradas en la FORTA<sup>344</sup>. Y unos años después, el primer canal de televisión privado y de pago, Canal Plus, a la que siguieron dos plataformas de pago digital como Digital Plus y Vía Satélite.

A mediados de los noventa hubo un importante repunte en la producción audiovisual de contenidos, con el trabajo destacado de directores ya consolidados (como Luis García Berlanga, Bigas Luna, José Luis García Sánchez o José Luis Cuerda), directores ya conocidos en los ochenta (como Fernando Trueba o Pedro Almodóvar), y la aparición de nuevos directores, como Julio Medem, Alejandro Amenábar, Gracia Querejeta, Benito Zambrano, Icíar Bollaín o Manuel

---

<sup>343</sup> Así, Juan Echanove, Loles León, Imanol Arias, Jorge Sanz, Antonio Banderas, Álex Angulo, Victoria Abril, Pedro Mari Sánchez, Willy Montesinos, Adriana Ozores, Miguel Rellán, María Barranco, Juanjo Puigcorbé, Assumpta Serna, José Manuel Cervino, Cayetana Guillén Cuervo, Silvia Munt, Amparo Larrañaga, Antonio Resines, Mariví Bilbao, Santiago Ramos, Icíar Bollaín, Jesús Bonilla, Emma Suárez, Gabino Diego, Rafael Sánchez "El Brujo", Jordi Dauder, Ramón Barea...

<sup>344</sup> Las televisiones autonómicas, a mediados de los 90, en su labor de contribuir a la difusión de los valores y cuestiones más identitarias de las distintas regiones del país, definieron un nuevo concepto de serie diaria, de corta duración para la franja de la sobremesa (que en origen estaba cubierta con los antes citados "culebrones" latinos). Fueron las televisiones vasca y catalana con *Goenkale* (1994) y *Poble Nou* (1994), quienes abrieron este nuevo mercado, y contaron un éxito abrumador, que más adelante se extendió a otras televisiones autonómicas, como *Mareas vivas* (1999) en TVG o *Plaza Alta* (1998) y *Arrayán* (2001) en Canal Sur. Estas series se convirtieron en buques insignia de sus respectivas televisiones autonómicas, y escuela de muchos actores de los grandes centros de producción autonómica que, en ocasiones, y tras un importante éxito, dieron el salto a la televisión nacional.

Gómez Pereira, que dieron un extraordinario lugar a la magnífica generación de actores que en esta década se dieron a conocer.

Pero el hecho más decisivo de esta década, y con una enorme repercusión en el mercado televisivo español, fue la aparición a primeros de los noventa de las televisiones privadas de cobertura estatal, Antena 3 y Tele 5, con programación generalista similar a la de TVE 1 y que emitían en abierto.

Antena 3 TV fue la primera emisora privada en apostar por la producción propia de ficción y consiguió un éxito que fue referencia del nuevo concepto de serie de ficción en los noventa: *Farmacia de Guardia* (Antonio Mercero, 1991-1995), un formato muy característico de comedia familiar, con distintas generaciones de actores que permiten llegar a todos los públicos, esencia de su éxito. Se intercalan en la pequeña pantalla actores y actrices consagrados de anteriores generaciones con nuevos talentos que comienzan sus pasos en la interpretación. Luego, siguieron otras destacadas como *Los ladrones van a la oficina* (1993–1996)<sup>345</sup>, *La Casa de los Líos* (1996–2000), *Menudo es mi padre* (1996–1997) y *Manos a la obra* (1998–2001), entre muchas otras, todas ellas con un gran éxito de audiencia.

Telecinco, unos años después, siguió el formato que había concebido Antena 3, con series igualmente reconocidas y con un planteamiento similar, comedia familiar, con personajes y tramas que puedan llegar a todos los sectores de audiencia. Así, nacieron éxitos como *Médico de Familia* (1995–1999) o *7 vidas* (1999–2000).

A finales de la década de los noventa, y fundamentalmente ya en el nuevo siglo, la consolidación y el éxito cosechado por la ficción televisiva en las parrillas de las televisiones generalistas dieron lugar a nuevos conceptos de series, abandonando la producción exclusiva de la comedia de tipo familiar. Nacen proyectos con temáticas más atractivas y personajes con registros más dramáticos, de calidad, con guiones muy elaborados y un despliegue de medios que permite competir a nuestras series con series de otras nacionalidades, fundamentalmente norteamericanas, que también viven un “boom” notable en este nuevo siglo<sup>346</sup>.

---

<sup>345</sup> Esta serie permitió trabajar juntos a cinco de los mejores actores españoles del siglo XX (Manuel Alexandre, López Vázquez, Fernán Gómez, Agustín González y Paco Rabal), con actores más jóvenes, pero grandes intérpretes, como Antonio Resines y Anabel Alonso.

<sup>346</sup> En este nuevo bloque surgen *Periodistas* (1998–2002) (T5), *El Comisario* (1999–2009) (T5), *Policías* (2000–2003) (A3), *Hospital Central* (2000–2012) (T5)... MENDÍBIL, Álex, *España en Serie*, Ed. Santillana, Madrid, 2013, págs. 189–194 y págs. 245–248.

En paralelo, y tras observar los intereses del público, se fraguan nuevos y ambiciosos proyectos, como son las telenovelas de producción nacional (tras el “boom” en los 90 de los conocidos “culebrones latinoamericanos”<sup>347</sup>, o series de ambientación histórica<sup>348</sup>. Este nuevo formato de series permite llegar al público, los espectadores, y diversificar sus tramas, para llegar a distintas franjas de edad. Además, la ficción (término con que se denomina las series de televisión) es un género vinculado a una imagen positiva y de calidad en cualquier cadena de televisión. Es un formato que genera grandes audiencias y, precisamente, por ese motivo, grandes rendimientos publicitarios.

Tras iniciar sus carreras en los fructíferos años ochenta, la gran pantalla de los noventa y primera década del presente siglo XXI fue protagonizada, junto con los actores ya consolidados, por una hornada de actores extraordinarios<sup>349</sup>. El cine español da el salto definitivo al exterior (tras el primer Óscar conseguido por José Luis Garci por *Volver a Empezar*) en la década de los noventa. Los premios Óscar conseguidos por Fernando Trueba en 1992 con *Belle Époque* y por Pedro Almodóvar con *Todo sobre mi madre* (1999), pusieron el cine español en lo más alto del *star system* hollywoodiense, con la llegada a las pantallas americanas de actores y actrices jóvenes emergentes, como Penélope Cruz, Aitana Sánchez Gijón, Jordi Mollá, Antonio Banderas... Algunos de ellos consolidaron sus carreras en Hollywood, convirtiéndose en grandes estrellas internacionales y muchos regresaron a la interpretación en proyectos nacionales con diversa suerte.

Al finalizar la década de los noventa, y ya en el siglo XXI, tiene lugar un nuevo hito televisivo, con la creación de series muy definidas y orientadas hacia un público joven, naciendo el fenómeno *fan*. De nuevo son las televisiones privadas generalistas quienes descubren un nicho de mercado que aún no había sido explotado, registrando fuertes audiencias y una popularidad en generaciones que no eran consumidoras habituales de ficción televisiva. Así, Antena 3 apostó por series como *Compañeros* (1998-2002), *Un paso adelante* (2002-2005), *Internado* (2007-2010), *El barco* (2011 – 2013), y Telecinco con *Al salir de clase* (1997- 2002)<sup>350</sup>.

---

<sup>347</sup> En este bloque, títulos como Géminis (2002–2003), Amar en tiempos Revueltos (2008-2012), Gavilanes (2010-2011), El Secreto de Puente Viejo (2011 - ...).

<sup>348</sup> Cuéntame (2001 - ...), Hispania (2010–2012), Isabel (2012-2014), entre otros muchos títulos de suerte dispar. MENDÍBIL, Álex, *España en Serie*, *óp. cit.*, págs. 107–114, págs. 18-24 y págs. 36-41.

<sup>349</sup> Actores y actrices del peso de Aitana Sánchez-Gijón, Penélope Cruz, Lola Dueñas, Anabel Alonso, Alicia Borrachero, Carmelo Gómez, Blanca Portillo, José Coronado, Pere Ponce, Candela Peña, Javier Bardem, Luis Tosar, Juan Diego Botto, los hermanos Alterio –Ernesto y Malena-, Eduar Fernández, Carlos Iglesias, Pepe Viyuela, Sergi López, Carlos Hipólito, Luis Merlo, Ariadna Gil, Pepón Nieto, Ana Duato, Belén Rueda, Santiago Segura, Txema Blasco, Cristina Plazas, Fernando Tejero, Paz Vega, Leonor Watling, Nancho Novo, Toni Acosta, Nawja Nimri, Silvia Marsó, Verónica Echegui, Ingrid Rubio, Karra Elejalde, Marta Etura, Ana Fernández, María Pujalte, Laia Marull, Nora Navas, José Luis García Pérez, Carmen Machi y un largo y extenso etcétera

<sup>350</sup> MENDÍBIL, Álex, *España en Serie*, *óp. cit.*, págs. 195 a 207; 248 a 257; y 274 a 278.

También asistimos a la irrupción de las grandes cadenas generalistas en la producción audiovisual de largometrajes, que conllevan el estreno y explotación televisiva tras su distribución en salas y otras ventanas (televisión por cable). Todo un mercado de la industria de los contenidos donde los grandes grupos televisivos son los motores. Las series y las películas actuales se nutren de grandes actores con carreras consolidadas y un gran bagaje profesional, que acompañan a una nueva hornada de actores y actrices que, habitualmente, complementan su participación en televisión y cine, y también en teatro, donde sirven de reclamo para el gran público<sup>351</sup>.

En los últimos años, la ficción televisiva se ha desarrollado de forma exponencial, y hoy por hoy las series son consideradas el primer producto en el mercado audiovisual, tanto es así que los grandes estudios de Hollywood han volcado sus esfuerzos productivos y económicos al desarrollo de series de éxito y calidad, siendo testigos de lo que se viene llamando una tercera edad de oro de las series americanas. La fórmula del éxito ha sido apostar por buenos guiones y muy buenos actores, muchos de ellos estrellas del cine, que han recalado en las series ante la ausencia de buenos guiones para la gran pantalla. Bien es cierto que los actores de cine conocen las técnicas para la interpretación ante la cámara que también son requeridas para las series de televisión, si bien, la necesidad de emitir capítulos semanales o diarios, alteran los planes de rodaje y hacen que éstos sean mucho más rápidos y ágiles, sin tiempo para repetir tomas, o programar rodajes en un amplio espacio de tiempo. Los actores han tenido que adaptarse a esta nueva forma de producción, al margen de la necesidad de conocer y manejar técnicas de improvisación y agilidad en el aprendizaje de guiones y personajes, ya que, a diferencia del cine, no existen ensayos previos, o posibilidad de realizar nuevas secuencias al revisar el material en montaje.

En suma, y por lo que concierne a la situación española, a partir de la década de los cincuenta, principalmente, los actores españoles alternan con cierta asiduidad la escena con el cine y, desde finales de los años sesenta, ambas actividades con las de la televisión. El cine y la televisión, como en todo Occidente, transformaron de raíz la situación artística y socio-laboral del actor. El teatro fue paulatinamente perdiendo su epicentro para dejar paso al cine y éste a la ficción

---

<sup>351</sup> En este grupo de nuevas promesas encontramos nombres ya afianzados en las pantallas: Elena Anaya, Silvia Abascal, María Valverde, Mario Casas, Pilar López Ayala, Antonio De La Torre, Javier Gutiérrez, Raúl Arévalo, María León, Asier Etxeandía, Lucía Jiménez, Alberto Ammann, Rodolfo Sancho, Alex González, Miguel Ángel Silvestre, Inma Cuesta, Adriana Ugarte, Michelle Jenner, Blanca Suárez, Amaia Salamanca, Paula Echevarría, Clara Lago, Paco León, María Castro, Yon González, Hugo Silva, Roberto Álamo, Javier Pereira, Macarena García, entre otros muchos.

televisiva, que comenzó por llevar el teatro a la televisión a través de los legendarios “Estudios 1” en la década prodigiosa y en los setenta, y, casi en paralelo, le tocó el turno al cine que se emitía a través de TVE –ente público que comenzó también a participar en su producción. Ya en los ochenta las series producidas por RTVE alcanzaron un extraordinario éxito y difusión con el advenimiento de la televisión en color y la dotación de aparatos en casi todos los hogares. A partir de los años noventa la principal fuente de actividad artista para el actor será ya -y hasta nuestros días- la ficción televisiva, en segundo lugar el cine, y el teatro ha quedado relegado a tercer plano, esto es, justo el orden inverso que prevaleció hasta finales de los años cincuenta. Dicha tendencia, aún referida al mercado nacional, sin embargo, puede predicarse de todos aquellos países donde los tres ámbitos de actividad del actor se han mantenido vivos, aunque con suerte dispar. Lógicamente, las técnicas de actuación del actor han evolucionado considerablemente hacia estos nuevos medios y exigencias de producción, pero también, y tal vez por ese motivo, el actor ha invertido más tiempo en formación, desarrollo y entrenamiento, siendo hoy una profesión más completa y dinámica que antaño, más también más competitiva, inestable y exigente.

### **3.1.2.- El trabajo del actor.**

#### **3.1.2.1.- Aspectos generales y fases.**

Normalmente, el trabajo del actor utiliza, en una fase previa a la actuación y a la creación o composición de su personaje o actuación, textos u obras preexistentes, esto es, obras literarias – novela, poema, guión, obra dramática, libreto, escaleta, etc.- previas y creadas por uno o varios autores. Textos que interpreta en sentido hermenéutico para extraer el sentido de los mismos y con esas bases, más otros elementos, concebir los personajes o actuaciones en su mente para después encarnarlos o representarlos ante el público o ante la cámara. En otras ocasiones, el actor improvisa creando directamente en su imaginación el personaje o la forma de actuación sin obra literaria previa, pero basándose igualmente en su inteligencia, para externalizarla de inmediato o simultáneamente actuando con su voz, cuerpo, ritmo, intuición, emociones y sentimientos, etc. En otros casos, el actor utiliza parcialmente los anteriores o diferentes recursos técnicos, físico-personales e intelectivos para prestar su actuación o interpretación parcial de voz (doblaje) para complementar el personaje de imagen creado por otro actor –o un personaje de animación-, narrar una historia o para manipular títeres, marionetas, etc.

Pero el trabajo del actor se desarrolla en dos fases bien diferenciadas: la de construcción del personaje y la de actuación o interpretación propiamente dicha. La primera, a su vez, requiere de unas capacidades, preparación y formación previa fundamental. Por tanto, técnicamente hablando tenemos que diferenciar tres fases en el proceso creativo del actor: a) la de formación o preparación; b) la de construcción previa del personaje; y c) la de actuación o interpretación. Sólo esta última fase de su trabajo es la conocida por el gran público y ello ha contribuido al tópico que ahora nos planteamos desterrar, pues que el trabajo del actor, complejo dónde los haya, no se reduce a actuar delante de una cámara para producir una interpretación audiovisual, sin restarle mérito a tal hecho que, a su vez, entraña una dificultad extraordinaria y para lo que no todos estamos dotados.

Se podría hablar incluso de una cuarta fase, más conocida y añorada aún por una parte considerable de los espectadores o admiradores del arte interpretativo, que sería la de promoción de las obras audiovisuales a través de los actores que encarnaron los personajes con los que el público espectador se identificó, fundamentalmente. Esta fase, pesada, agotadora y en cierto modo ajena al trabajo esencial de los actores, sin embargo, ha contribuido sobremanera a la importante dimensión social, económica y educativa del cine y de la ficción televisiva, pero también a acrecentar el tópico de que el actor y su trabajo es sinónimo de glamour, *dolce vita*, referentes sociales, etc., que, para los fines de este estudio, les ha traído más problemas que satisfacciones y soluciones<sup>352</sup>.

Por tanto y a los efectos del presente estudio, centraremos nuestros esfuerzos en desarrollar las tres fases fundamentales del trabajo del actor, de cuyas conclusiones y análisis, seguro, hallaremos luz y apoyos fácticos suficientes como para construir coherente y lógicamente la tesis que estamos desarrollando.

#### 3.1.2.1.1.- Fase de formación y preparación del actor.

Como toda actividad humana que se orienta hacia un fin de excelencia como es la creación, además del talento, la intuición, la inspiración y ciertas aptitudes innatas, requiere una

---

<sup>352</sup> Frente al tópico, se debe considerar que menos del 1% de los actores de todo el mundo responden al perfil de “estrella”, con todas las consecuencias que ello conlleva. La Fundación AISGE, sin ir más lejos y en el ámbito español -que es extrapolable al resto del mundo salvando las dimensiones de mercado de cada país-, desarrolla cada lustro un estudio socio-laboral de entre los más exhaustivos del mundo, en su género, en virtud del cual la radiografía del colectivo actoral español, que supera los quince mil profesionales, responde a las siguientes características: 1) el 73% de los actores españoles no pueden vivir de su trabajo; 2) el 65% de los intérpretes no trabaja más de tres meses al año; El 28 % de los intérpretes en paro no percibe ninguna prestación; 3) el 44% de los artistas jubilados necesitan de un complemento de la Fundación AISGE para llegar a fin de mes; 4) el 55% de los trabajadores del sector ganan menos del salario mínimo; 5) el 54% de los intérpretes trabaja menos de dos meses al año; y, por último, 6) el 16% de los artistas jubilados recibe una pensión de importe inferior a 400 euros mensuales.

formación, aprendizaje y perfeccionamiento de una técnica a través de la cual los sentimientos, ideas, sensaciones, etc., que pretende transmitir el sujeto creador alcanzan el fin propuesto.

Parte de dicho principio fundamenta en el ámbito del Derecho de autor su límite temporal y hasta la función social de esta propiedad especial, al considerar que el sujeto creador nace en un momento de la evolución humana y se forma con todo el acervo cultural y científico consolidado hasta ese instante; luego el sujeto, apoyado en los esfuerzos creadores y científicos de sus antepasados, crea nuevos contenidos y tesis a los que el Derecho de autor les brinda protección por un tiempo limitado que garantice su aprovechamiento económico al creador, transcurrido el cual sus creaciones devienen en dominio público, es decir, al acervo común; y así sucesivamente.

Pues bien, uno de los tópicos que perjudican y prejuzgan, desde el desconocimiento, claro es, la consideración del actor como creador penetra por esta vía, al tener una parte del público una visión absolutamente errática y superficial de lo que implica ser y desarrollarse como actor o actriz. El crítico estadounidense WRIGHT<sup>353</sup> advierte en su emblemático libro *Para comprender el teatro actual* que “Aunque la actuación nazca de la naturaleza y se base en la biología y en todas las características y atributos humanos, el hombre común y corriente no está provisto de los instrumentos necesarios para valorar el arte del actor, o cualquier otro arte, sin un aprendizaje especial (...)”. Tales efectos perversos se han incrementado exponencialmente con el desarrollo del cine y la ficción televisiva, ámbitos en los que el conocimiento que se tiene del actor concierne más a aspectos de su vida privada o imagen pública que a su trabajo interpretativo o creativo.

Por su parte DIDEROT<sup>354</sup>, en otra obra de obligado referente, *La paradoja del comediante*, plantea por primera vez en el siglo XVIII que el trabajo del actor es el producto de una técnica y de un proceso racional –intelectual- y no tanto de un arte intuitivo y exagerado.

El actor, tanto como por ejemplo el deportista profesional, ha de mantener su cuerpo y, como un intelectual, su mente en plena forma para desarrollar su actividad. Por ello, la formación del actor comprende el desarrollo de sus actitudes psíquicas y físicas orientadas hacia la construcción e interpretación de un personaje. Y a tal fin, el actor se ha de desprender de su personalidad para incorporar la de su personaje, dotarlo de vida y de verosimilitud. Por tanto,

---

<sup>353</sup> WRIGHT, Edward, *Para comprender el teatro*, *óp. cit.*, pág. 134.

<sup>354</sup> DIDEROT, Denis, *La paradoja del comediante*, traducido por Ricardo Baeza. Ed. Calpe, Madrid, 1920, pág. 19.

siendo esa su actividad fundamental, a ella no se llega por generación espontánea, sino que se requerirá formación exhaustiva, que se verá beneficiada si el sujeto atesora ya determinadas capacidades innatas, tanto mentales como físicas.

En esta fase previa, asimismo, es cuando el actor estudia el guión o el libreto y emprende la búsqueda de elementos configuradores que le ayudarán a construir –crear- el personaje específico que deberá actuar o interpretar ante el público o la cámara.

#### 3.1.2.1.2.- Fase de construcción del personaje.

Sin perjuicio del análisis específico que este elemento fundamental de la interpretación reclama y que se satisfará más adelante, es preciso abordar, ahora y desde la perspectiva del trabajo actoral, su construcción previa a su interpretación o actuación, pues constituye, a su vez, un proceso creativo esencial para el discernimiento del actor como creador intelectual.

En el sentido aristotélico del término, y como el resto de manifestaciones, el arte de la interpretación tiene mucho de imitación<sup>355</sup>. En efecto, la imitación y la comunicación mediante el gesto, antes que con palabras, es la forma de expresión más primaria y esencial, y así es como comienza el proceso de aprendizaje del niño como también el del actor. De tal suerte que, como se observó al analizar la creatividad, las cualidades de la misma consisten en la observación y la imaginación. Y sucede que ambas capacidades mentales son fundamentales para que el actor pueda construir su personaje singular: de un lado, porque el actor, luego de leer y estudiar el libreto o guión, ha de observar en las conductas ajenas y en las propias, en su memoria afectiva, etc., elementos que pueda incorporar a su personaje para alcanzar la verosimilitud necesaria, acorde con el mensaje que ha de transmitir según el guión y coherente con toda la trama o historia de la obra; y, de otro lado, porque a través de su imaginación ha de idealizar el nuevo personaje para luego ejecutarlo según dicha construcción mental, que deberá enriquecer con caracterizaciones, ademanes, gestos, tonos, disfunciones, habilidades y demás atributos con los que haya concebido al personaje.

Como también tiene dicho al respecto WRIGHT a mediados del pasado siglo: “El objetivo fundamental de cualquier tipo de teatro es lograr lo que Aristóteles denominó la imitación de la

---

<sup>355</sup> Imitación de la conducta humana y de rasgos definitorios de los diferentes modelos de personas-personajes. Meryl Streep, hija de pintora y educada en un ambiente muy creativo, comenzó imitando a su abuela. “Stanislavski” advertía a sus alumnos que lo que no debe hacer un actor es imitar a otro actor, querer parecerse a ese actor, sino a otras personas o personajes similares al perfil del personaje que deba interpretar.



acción. La propia palabra “imitación” significa que lo que el público presencia no puede ser nunca la exacta realidad; algo ha cambiado. Ese algo es la personalidad del actor, su imaginación, su actuación. Es este nuevo ingrediente el que separa el teatro de la vida. (...) Las emociones que se sienten en la vida y las que se obtienen en el teatro son, en esencia, las mismas. Los métodos para obtenerlas y expresarlas, y los efectos que tienen sobre el actor y el público, son totalmente diferentes. (...) Gracias a esa teatralidad esencial, Charlie Chaplin, Danny Kaye y Bob Hope son los embajadores de mayor influencia que hayan tenido los Estados Unidos”<sup>356</sup>.

Por tanto, y como se verá más adelante, el personaje literario descrito en el guión o libreto es uno y el personaje escénico o audiovisual es otro. El primero lo crea el dramaturgo o el guionista o el escritor en general, por eso es literario, según su imaginación y capacidad descriptiva; mientras que el segundo, basado en las pautas del primero, lo perfila y construye singularmente el actor para ser actuado, también imaginado y plasmado según su particular criterio.

#### 3.1.2.1.3.- Fase de actuación e interpretación.

La etapa decisiva del trabajo del actor se centra en la interpretación o actuación del personaje previamente creado o concebido. En efecto, toda preparación profesional previa y la elaboración de su personaje deberán estar al servicio de la actuación o interpretación, pues es el momento clave en el que la carga de emociones, ideas, sensaciones, etc., han de cobrar vida y verosimilitud para transmitírselas a los espectadores.

Según el Diccionario de la Lengua de la RAE, en su edición 23ª de 2014, actuación es la acción o efecto de actuar, que consiste en interpretar un papel en una obra teatral, cinematográfica, radiofónica o televisiva. Y considerando esa misma fuente, interpretación (de interpretar) artística es representar una obra teatral, cinematográfica, etc., y también ejecutar un baile con propósito artístico y siguiendo pautas coreográficas.

Tanto el director escénico o teatral como el director-realizador de una obra audiovisual también han de interpretar la obra dramática, el libreto o el guión, en el mismo sentido hermenéutico que lo hace el actor antes de construir su personaje. La diferencia entre esa interpretación hermenéutica del texto y la que hace el actor radica, esencialmente, en que el actor utiliza la interpretación hermenéutica para construir su personaje y él mismo dará forma externa a esa

---

<sup>356</sup> *Óp. Cit.*, págs. 14 y 15.

creación mediante la actuación o interpretación en el sentido de culminación, ejecución o plasmación de su personaje previamente construido o concebido<sup>357</sup>.

En el caso de la interpretación audiovisual, además, todo el trabajo previo queda subsumido en la fase de actuación y ésta, a su vez, es el resultado creativo que quedará fijado en un soporte o sistema audiovisual, susceptible de ser utilizado en cualquier momento, lo que le hará acreedor *per se* de los derechos patrimoniales que su explotación genere.

Tanto la formación del actor como la construcción del personaje y la actuación han sido objeto de diversas técnicas a lo largo de la historia de la interpretación. Todas ellas, por diferentes caminos, medios y objetivos buscan, en esencia, entrenar y desarrollar la mente creativa del actor y mantener a su cuerpo en disposición de realizar todo lo que la acción dramática le exija. Dicho de otra manera, la técnica de actuación se orienta a potenciar los recursos dramáticos del actor, flexibilizar su mente para encarnar a diferentes personajes de la manera más auténtica y veraz posible, entrenar el cuerpo para que dicha herramienta le sea útil en su actividad creativa e interpretativa, dotar al actor de conocimiento sobre sí mismo y su memoria afectiva, desarrollar técnicas para provocar, detonar y proyectar emociones en diferentes circunstancias, a relajarse y desprenderse de cada personaje, etc.

Aunque son muchas y variadas las técnicas de actuación que se han desarrollado, sobre todo desde finales del siglo XIX y a partir de STANISLAVSKI, que marcó un antes y un después en la materia, podríamos afirmar que unas y otras se podrían clasificar en dos orientaciones: a) las que parten de las emociones -internas- del propio actor, su memoria afectiva, y desarrollan técnicas para externalizar dichas emociones de manera adecuada y dotadas de verosimilitud; y b) las que se centran en la capacidad expresiva y externa del cuerpo del actor. En realidad ambas orientaciones técnicas han de coexistir en diferente medida y, de hecho, así ha sido desde el origen mismo de las representaciones teatrales.

Con todo, no es este el lugar adecuado para desarrollar los diversos sistemas de interpretación siquiera de la etapa contemporánea, pues ello desbordaría el propósito de nuestro estudio. Por ello, consideramos correcto aportar tan sólo las ideas esenciales de las técnicas más conocidas, dejando advertido que todas ellas inciden tanto en la fase de preparación y ensayo como en el propio trance de la actuación, al tiempo que por seguir cualquiera de tales técnicas una persona

---

<sup>357</sup> También el lector de una obra literaria del tipo que sea interpreta lo que lee y se imagina lo que lee, como también un espectador de teatro, cine o telespectador “interpreta” sobre la interpretación del actor.

no se convierte en actor sin más, pues las mismas hay que entenderlas como métodos auxiliares del trabajo creativo e interpretativo del actor. No obstante, la detonación de las emociones durante la actuación, su forma de interiorizarse y de expresarse han sido objeto de diversos métodos de entrenamiento y de expresión, que podríamos resumir, tal vez de manera muy apretada, en las siguientes corrientes:

a).- Sin duda, y aunque ya se encuentre muy cuestionada, o al menos evolucionada, la técnica de actuación (o conjunto de ellas) más conocida sea la del “método” desarrollada por STANISLAVSKI<sup>358</sup>, sin que las bases de dicho método deban entenderse invariables pues el propio autor se encargó de ir revisando constantemente varios postulados y siempre ofreció la idea de que todo está en constante transformación. Como ya hemos advertido, este actor y director de escena ruso marcó un punto de inflexión en la materia al sistematizar por primera vez las reglas, consejos, ejercicios, juicios y análisis conocidos hasta los albores del siglo XX<sup>359</sup>. Hasta entonces, dramaturgos y actores habían expresado aspectos o técnicas de actuación basadas en los rasgos externos acerca de cómo expresar estados anímicos del personaje, técnicas de entonación y declamación o cuestiones similares. El conocido “Método Stanislavski” es fruto, principalmente, de dos obras dialogadas del propio autor: la primera consta de dos partes y es fruto de treinta años de estudio y experimentación, *El trabajo del actor sobre sí mismo en proceso creador de la vivencia*<sup>361</sup> (dedicada a la preparación del actor previa a la creación del personaje; siendo esta parte revisada por el autor y publicada en 1938, poco después de su fallecimiento) y *El trabajo del actor sobre sí mismo en proceso creador de la encarnación*<sup>362</sup> (segunda parte que se centra en el estudio y cómo representar papeles o personajes concretos; publicada posteriormente y sin la revisión del autor); y la segunda obra es *La construcción del*

---

<sup>358</sup> Konstantin Serguéievich Alekséiev, actor y director escénico ruso, nacido en 1863 y que en 1884 adoptó en seudónimo ocultativo de *Stanislavski* para que no le reconocieran, habida cuenta de la “mala prensa” que tenían las compañías con las que comenzó a trabajar como actor, y pasó a llamarse Konstantín Stanislavski. En 1888 fundó la “Sociedad Moscovita de Arte y Literatura”, donde comenzó como actor profesional, y en 1898 la emblemática compañía teatral denominada “Teatro del Arte de Moscú” (TAM), que destacó y adquirió gran prestigio por el realismo innovador de sus producciones. Stanislavski estreno toda la obra de Chéjov y gran parte de la de Gorki, Ibsen y Maeterlinck. Pero su fama mundial se debe a la creación y constante desarrollo y revisión de un sistema de entrenamiento actoral conocido como “El método Stanislavski” o, simplemente “El método”.

<sup>359</sup> Aun considerando el antecedente remoto de la obra de DIDEROT, *La paradoja del comediante*, que también fue una gran novedad en dicho género durante el siglo XVIII, aunque, lógicamente, se trate de una aportación más básica.

<sup>360</sup> Como en cualquier área o disciplina de conocimiento o expresión artística, las técnicas evolucionan en la medida que evolucionan las circunstancias a las que sirve. De lo que no cabe ninguna duda, admitida la anterior observación, es que “El método de Stanislavski” ha sido la base de la técnica actoral de todo el siglo XX en todos los continentes y de la interpretación naturalista, de manera que de su legado bebieron grandes actores e instituciones de todo el mundo. El propio *Actors Studio* de Nueva York es fruto de su influencia y directores escénicos y actores de prestigio universal se basaron en dicho método, con las evoluciones correspondientes. Así Meyerhold, M. Chéjov, Lee Strasberg, Marlon Brando, Paul Newman, Jacques Copeau, Geraldine Page, Al Pacino, Robert de Niro, Gordon Craig, etc.

<sup>361</sup> STANISLAVSKI, Konstantin, *El trabajo del actor sobre sí mismo en el proceso creador de la vivencia*, traducido y anotado por Jorge Saura García, 4ª ed., Ed. Alba, Artes Escénicas, Barcelona, 2014.

<sup>362</sup> STANISLAVSKI, Konstantin, *El trabajo del actor sobre sí mismo en el proceso creador de la encarnación*, traducido, prologado y anotado por Jorge Saura García, Ed. Alba, Barcelona, 2009.

*personaje*<sup>363</sup> (también publicada póstumamente, referida a la caracterización física de los actores, su vestuario, su expresión corporal, su movimiento, el ritmo en todas sus dimensiones, las pausas, el canto, la dicción, la entonación, contención de emociones, etc.).

En esencia, “El Método” consiste en potenciar actitudes y elementos de la interpretación y de la construcción del personaje: relajación, concentración, memoria emocional o afectiva, las unidades, objetivos y superobjetivos... El propósito del método es ayudar al actor a buscar y crear la imagen de su personaje, dotarle de vida interior y encarnarle. Esto es, el actor ha de creer que lo que hace es real, aun sabiendo que es ficticio, a cuyo fin ha de utilizar adecuadamente los tres pilares básicos: el cuerpo (o elemento físico), lo emocional y lo intelectual para lograr la veracidad frente al público, lo que obliga a Stanislavski a indagar las causas internas del actor que le hacen expresar de tal o cual modo. La imaginación o la inspiración, por tanto, ocuparán un lugar de privilegio en el método, sin que las mismas se aprendan de manera estática sino que responden a aspectos variables en la práctica. Es preciso que el actor reconozca sus emociones y las extrapole a la caracterización del personaje para que éste alcance la verosimilitud necesaria. La interrelación final entre el público-espectador y el actor es el objetivo o base del método.

“No te creo, no me convences”, era la frase manida y favorita del actor ruso respecto de sus alumnos y compañeros, pues consideraba que el actor debía sentir a su personaje como algo vivo y real, saber qué piensa el personaje, para que fuera creíble, para lo cual debía indagar en su memoria afectiva y emocional. Con todo, Stanislavski era un pragmático más que un teórico, su pretensión final es orientar al actor para que éste buscase por sí mismo su propio camino de creatividad, su técnica se orienta a potenciar y encauzar la creatividad humana del actor. Con ello, el director y actor ruso reafirma el naturalismo en el teatro moderno frente a sus precedentes románticos, melodramáticos o clásicos basados en las interpretaciones actorales henchidas de artificio y de declamaciones pomposas.

En definitiva, “El método de Stanislavski” comprende varias técnicas: a) *preparación o circunstancias previas o dadas* (el actor y el director han de estudiar e interpretar el texto para adquirir todas las referencias necesarias, estudiando su sentido social, político y artístico); b) *relajación* (consistente en una serie de ejercicios para que el actor logre un estado de libertad mental y física que le permita albergar internamente, y exteriorizar los caracteres del personaje); c) *unidades y objetivos* (o lo que es igual a dividir el libreto en partes sensibles para trabajarla

---

<sup>363</sup> STANISLAVSKI, Konstantin, *La construcción del personaje*, traducido por Bernardo Fernández de la versión inglesa *Building a Character*, 3ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2014.

por separado y marcarse un objetivo por cada unidad; d) *superobjetivo* (que ayudará al actor a seguir el libreto en su esencia, pero no como mera lectura dramatizada, sino como algo vivo y natural); e) *el mágico “si”* (esto es, para que el actor se ponga en la situación del personaje ha de buscar su propia motivación interna haciéndose la pregunta condicionada de: ¿qué pasa o que haría el personaje si....?); f) *concentración* (esto es, responder a la imaginación pensando como pensaría el personaje); g) *memoria emocional, sensorial o afectiva* (aprendiendo a memorizar y a recordar sensaciones para luego proyectarlas desde el personaje, que el autor denomina “esferas de atención”); h) *estado mental creativo* (en cuanto que culminación de todos los pasos previos).

El denominado y prestigioso “Método del *Actors Studio*” de Nueva York es heredero del “Método de Stanislavski”. En 1920, el actor y director escénico ruso, con la compañía Teatro del Arte de Moscú, realiza una gira exitosa de público y crítica por EE.UU.

b).- MIJAIL “MICHAEL” CHÉJOV<sup>364</sup>, sobrino de Antón Chéjov, emprendió desde temprana edad una constante búsqueda de nuevas formas de teatro y de actuación actoral que le llevaron a cuestionar las bases y principios de su maestro Stanislavski, incluso dentro del propio Teatro del Arte de Moscú, del que ambos formaron parte, mas siempre con respeto, reconocimiento y admiración hacia su maestro. El método de Chéjov se centraba en un entrenamiento psicofísico que utilizaba, esencialmente, la creación en la mente del actor de estímulos imaginarios, frente a Stanislavsky que buscaba en las emociones reales del actor para trasladarlas al personaje. Habla de un sistema de luces que el actor debe encender dentro de sí según las necesidades del personaje y de la situación. Chéjov busca una metodología de la creación actoral más efectiva que la de su maestro, basándose en la creación de imágenes interiores y en la actividad física para generar emociones, por tanto, establece como eje de su técnica la fusión entre imaginación –que consiste en pensar en y con imágenes mentales- y cuerpo para crear un vehículo expresivo más poderoso<sup>365</sup>. La técnica de Chéjov, pues, se basa principalmente –y frente a la excesiva psicología de Stanislavski- en imágenes, sobre todo viscerales, que pasaban por alto los procesos mentales complejos. MEL GORDON destaca que “por encima de todo, el trabajo de Chéjov se asoció con el poder de la imaginación. Dado que la fuerza del teatro reside en su capacidad para

---

<sup>364</sup> CHÉJOV, Michael, nació en San Petersburgo en 1891, fue un actor de éxito en Rusia, Europa y EE.UU, amén de uno de los grandes transformadores del teatro y del arte de la actuación del siglo XX. Sería en EEUU donde, tras un rotundo éxito en Broadway, desarrolló su método con el apoyo de la actriz Beatrice Straight.

<sup>365</sup> Su técnica de interpretación y actuación se puede estudiar con mayor profundidad y exhaustividad en dos obras. La primera se titula *Lecciones para el actor profesional*, (traducida por David Luque, 2ª ed., Ed. Alba, Barcelona, 2010), que no escribió Chéjov directamente sino que son transcripciones de varias clases magistrales que el actor impartió a un grupo de actores profesionales en Nueva York durante el año 1941, cuyas notas y apuntes fueron recopilados y ordenados por Deirdre Hurst du Prey. La segunda la publicó M. Chéjov - también con la ayuda inestimable de su colaborador Deirdre- bajo el título *Sobre la técnica de la actuación* (traducida por Antonio Fernández Lera, 6ª ed., Ed. Alba, Barcelona, 2015), y constituye el cuerpo principal de su sistema de actuación.

comunicar mediante imágenes sensoriales más que mediante ideas literarias, Chéjov intentaba descubrir los mecanismos de preparación del actor adecuados para elevar la conciencia imaginativa de sus alumnos”<sup>366</sup>. Y el actor español –y académico de la lengua- JOSÉ LUIS GÓMEZ valora la aportación de Chéjov en los siguientes términos: “El manejo innovador del trabajo psicofísico, de la irradiación personal, de la imaginación, de la plasticidad verbal, de la atmósfera escénica o el gesto psicológico desvelan herramientas artísticas de inmensa eficacia y nos abren al uso de la más sutiles energías humanas en el escenario”<sup>367</sup>.

c).- MEYERHOLD - formado bajo el “Método de Stanislavski”- y BERTOLT BRECHT, sin embargo, evolucionaron hacia lo que denominaron “actuación distanciada”, esto es, en la que el actor debía guardar cierta distancia emocional con el personaje, sin dejar de ser realista y verosímil.

d).- STRASBERG, heredero directo del “Método de Stanislavski”, desarrolló una versión del mismo mediante un conjunto de técnicas que buscan potenciar en los actores la capacidad de crear por sí mismos los pensamientos, emociones y sentimientos de los personajes a los que interpretan. Dicho método se introdujo en el *Actors Studio* de Nueva York durante los años cuarenta y cincuenta, ya que Lee fue uno de sus artífices. Hoy dicha institución sigue básicamente esa versión del “método” y ha alcanzado prestigio internacional entre los actores de todo el mundo.

e).- SANFORD MEISNER es otro actor y teórico del entorno del *Group Theatre* –germen del *Actors Studio*- cuya técnica de interpretación se basa en la “repetición”; dado que la repetición nunca es idéntica, dicha metodología, por ejemplo en la interacción de los diálogos, opera como sedimentación para que los actores lo adapten y asimilen de forma natural a su expresividad y puedan acabar trabajando de manera prácticamente espontánea.

f).- STELLA ADLER, además de alumna de Stanislavski, también fue actriz y perteneció al *Group Theatre* como Lee y Sanford. Su metodología se basa en crear personajes a través de la imaginación, frente al “método” y Lee que enseñan a usar la memoria para definir al personaje. Marlon Brando la consideró la mejor maestra de interpretación que conoció, junto con Elia Kazan.

---

<sup>366</sup> GORDON, Mel, *Sobre la técnica de la actuación*, traducida por Antonio Fernández Lera, 6ª ed., Ed. Alba, Barcelona, 2015, pág. 24.

<sup>367</sup> GÓMEZ, José Luis, contraportada-presentación del libro *Sobre la técnica de la actuación*, 6ª ed., Ed. Alba, Barcelona, 2015.

g).- El director teatral inglés, BROOK, sin pretender elaborar teoría alguna sobre la técnica de la actuación, aportó y observó, no obstante, ricas consideraciones en torno al papel que desempeñan los actores (también el director, el autor y el público) en el hecho teatral, lo que llevó a cabo en dos obras: *La puerta abierta* y *El espacio vacío*. En el primero de sus libros, define el teatro como una “vida concentrada” en espacio y tiempo, y a su vez analiza el papel de todos cuantos intervienen, directa o indirectamente, en el hecho escénico, entre ellos el del actor: “(...) El teatro es quizá una de la artes más difíciles, (...)”<sup>368</sup>. En su segunda obra, BROOK afronta de manera más específica la necesidad de una constante formación del actor y destaca la relevancia del actor en el hecho teatral, llegando a considerar, como casi todos los directores escénicos, que un espacio vacío con un solo actor que camine por él ya es un acto teatral<sup>369</sup>. En cierto modo, este director inglés, tal vez sin pretenderlo, desarrolló una técnica de actuación que se dio en llamar la corriente o tendencia de “la libre expresión del yo”, en cuanto necesidad de que el actor exprese su yo más profundo a través del personaje para poder transmitir con autenticidad las emociones y adquieran virtualidad las distintas expresiones artísticas del actor.

h).- Finalmente, GROTOWSKI, junto con Peter Brook, abanderó la tendencia de “la libre expresión del yo”, entendiendo que el componente fundamental del arte teatral era la técnica escénica y personal del actor, donde el actor “se entrega totalmente”<sup>370</sup>.

### 3.1.2.2.- Los principales recursos expresivos del actor.

A nuestro juicio y del de la mayoría de avezados del arte de la interpretación, incluidos los propios actores, los principales recursos expresivos que un actor utiliza para transmitir toda la carga dramática o cómica que requiere su intervención se podrían concretar en: gesto, movimiento, voz, silencio, pausa y mirada. Cada uno de tales recursos expresivos, a su vez, requiere de un análisis pormenorizado y al actor le exige adaptarlos a las necesidades técnicas y de contenido de su interpretación singular.

Tales recursos expresivos, junto con todas las capacidades mentales requeridas, constituyen, claro es, las herramientas con las que cuenta el actor para transmitir las emociones, ideas, sentimientos y demás contenidos objeto de su trabajo creativo. Herramientas expresivas o comunicativas que marcan la diferencia entre las diversas formas de creación o manifestación artística, pues teniendo todas en común su origen intelectual (especialmente la imaginación, que

---

<sup>368</sup> BROOK, Peter, *La puerta abierta. Reflexiones sobre la interpretación y el teatro*, Ed. Alba, Madrid, 1994, págs. 42-46.

<sup>369</sup> BROOK, Peter, *Espacio vacío*, Ed. Península, Barcelona, 2015, pág. 21.

<sup>370</sup> GROTOWSKI, Jerzy, *Hacia un teatro pobre*, Siglo XXI de España Editores, 24ª ed., Madrid, 2008, págs. 9 y 10.

significa pensar en imágenes) y el carácter imitador de hechos, realidades o acciones (amén de una técnica específica para poder desarrollar las anteriores capacidades), sin embargo y en efecto, tan sólo difieren en los medios expresivos que cada cual utiliza: el actor, los ya enunciados; el escritor la palabra, su técnica y herramientas técnicas de escritura; el pintor, su lienzo o soporte, pinceles, pintura y otros instrumentos técnicos; el escultor, materia prima, cinceles, gradinas, punteros, martillos y mazas, radiales, uñetas, compases, barrenas y otras herramientas técnicas; el músico, ritmo, instrumentos musicales y una técnica específica; el cantante, su voz, cuerpo, movimientos, gestos, ritmo, pausa, etc.; y así sucesivamente respecto de cualquier expresión artística.

Tomando en consideración las herramientas expresivas del actor y sabiendo que todas ellas nacen de sus capacidades mentales y se basan en la utilización de atributos o cualidades físicas, siquiera brevemente, podríamos apuntar los siguientes conceptos y características de cada una de ellas.

El *GESTO* y el *MOVIMIENTO* siempre han sido los recursos expresivos básicos del actor, hasta el punto que el teatro de la Grecia clásica surge a través de la pantomima y hasta en nuestros días tales elementos, fruto de los atributos personales de cada actor orientados por su intelecto, son la base de la actuación actoral y de la danza. La expresión corporal del actor requiere, a su vez, una formación y entrenamiento específico, amén de las cualidades innatas.

El *GESTO*, a los efectos que aquí interesan, vendría a ser un movimiento de algunas partes del cuerpo humano, fundamentalmente del rostro, con el que se expresan sensaciones, emociones, ideas y demás contenidos comunicativos. Por eso, en el ámbito dramático cualquier acción que implique un gesto adquiere un valor trascendental de la expresión artística, que, si además se realiza para ser fijado en un soporte o sistema audiovisual, adquiere mayor relevancia aún para el espectador. Por otra parte, dice CICERÓN que “el gesto debe acompañar a las emociones, pero no se trata aquí del gesto escénico que intenta expresar palabras (la pantomima y el mimo), sino el que alude al contenido conceptual no reproduciéndolo (...). Y la mano más calmada, confirmando con los dedos las palabras, no expresándolas. (...) Y la patada en el suelo, al comienzo o al final de pasajes más tensos”<sup>371</sup>. Y, en efecto, coincidimos con el gran maestro de

---

<sup>371</sup> CICERÓN, Marco Tulio, en *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. I (429 a.C.- 1858), coordinados por Jorge Saura, Ed. Fundamentos, Madrid, 2007, págs. 38-39. Extraído de la obra de CICERÓN, *Sobre el orador*, traducido por José Javier Iso, Ed. Gredos, Madrid, 2002, págs. 286-289 y 484-490. Pues el gran maestro de la retórica reconoció siempre y hasta se jactó de ser amigo del mejor actor de su época, Quinto Roscio, del que aprendió varios de los recursos de la retórica y que Cicerón, en ocasiones, habla indistintamente de este arte y del arte escénico, pues ambos se orientan a la seducción de un público, de manera que tanto el orador como el actor han de ser hábiles en la construcción de una comunicación emocional



la oratoria en que la transmisión de emociones, tanto para el actor como para el orador, depende en gran medida del dominio técnico de la voz y el gesto, de manera que la comunicación emocional con el público alcanzará sus metas si dicho arte se ejecuta con el empleo de tales recursos expresivos, e incluso mayor credibilidad adquiere si tales emociones las siente el orador y actor como propias, aunque sean ajenas, de tal suerte que el gesto logre acompañar a las emociones y las explique conceptualmente, en abstracto, sin el empleo de palabras, puesto que el gesto es universal y las palabras no, ya que depende del conocimiento que del idioma tenga cada receptor.

El *MOVIMIENTO* del cuerpo actuante es un recurso fundamental de la actuación actoral, que por sí misma significa acción o movimiento, a través del cual el cuerpo expresa sensaciones, estados anímicos, ideas, define caracteres de los personajes, etc. Tan es así que, el padre de la mímica corporal contemporánea, DECROUX, nos revela que para generar movimiento artístico y poder expresar con el cuerpo “El primer órgano que se puede utilizar sin gran riesgo es el tronco”, dado que ofrece las dos virtudes fundamentales, en oposición con los brazos: la fuerza y la discreción. “Al imperio del tronco, añadimos el cuello y la cabeza. Agregamos las piernas a partir de las cuales se extiende el tronco o están a su servicio (...). Finalmente, añadimos los brazos, que acabamos de desacreditar y de oponer al tronco, con la condición de que prolonguen la línea de fuerza señalada por el tronco”<sup>372</sup>.

La *PAUSA*, amén de marcar la métrica de los versos, en el ámbito dramático es un recurso interpretativo que equivale a inactividad contenida deliberadamente para ejercer una fuerza expresiva relevante si se sabe utilizar adecuadamente, al tiempo que ofrece rupturas y cambios de ritmo que, a su vez, detonan otros efectos y emociones. DECROUX, según DENNIS<sup>373</sup>, habla de la “inmovilidad viva” para referirse cuando el actor está inmóvil, pero vivo, sosteniendo a su personaje, haciendo una exaltación de la quietud en el momento que precede a una acción o posterior a la misma. Ya su maestro, COPEAU, sentenció que “La inmovilidad, siempre y cuando contenga una actitud correcta y de sentido conveniente, es expresiva en la medida en que prepara el gesto que la seguirá (...). La inmovilidad expresiva, es decir, que contiene el germen de la acción que vendrá después, es sensible para el espectador; sin ninguna manifestación o semi-manifestación externa. La inmovilidad a la que seguirá un gesto dulce no será la

---

con ese público receptor u oyente. *En defensa de Quinto Roscio, el cómico* es uno de los escritos de Cicerón donde fija sus análisis y consejos al respecto.

<sup>372</sup> DECROUX, Étienne, en *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. II (1863-1914), coordinados por Jorge Saura, Ed. Fundamentos, Madrid, 2007, pág. 183.

<sup>373</sup> DENNIS, Anne, *El cuerpo elocuente, La formación física del actor*, traducido por Sergio Leal Alcubilla, Ed. Fundamentos, Madrid, 2014, pág. 20.

inmovilidad a la que seguirá un gesto violento; la que prepara un gesto brusco no es la que prepara un gesto lento”<sup>374</sup>. Y, efectivamente, la pausa puede comunicar en ocasiones más que el movimiento, al igual que el silencio más que las palabras en determinadas situaciones. XIRGU decía que “Las pausas, que sirven para hablar con una contracción de músculos, con una sonrisa, con un movimiento de ojos... ¿hay algo más difícil? Pero yo estudié mi pausa y creo que conseguí transmitir una emoción con el gesto (...)”<sup>375</sup>. Es decir, la quietud es un gesto estático en sí mismo –sin el movimiento propio del gesto activo–, capaz de transmitir una emoción vigorosa.

La *VOZ*, en sus diferentes acentos, tonos y modulaciones es otro de los recursos expresivos fundamentales del actor. La propia autoridad retórica de CICERÓN nos recuerda que “los tonos de voz, como las cuerdas de un instrumento, están dispuestos para responder a cualquier toque, grave o agudo, rápido o lento, fuerte o débil; y dentro de todas estas parejas y en su propio género hay un término medio y además de estos tipos de voz se derivan muchos más, como áspera y delicada, de poco o de mucho volumen, entrecortada o continua, que no llega o que hace gallos, que sube y baja cuando cambia de tono; y de estos tipos de voz, ninguno hay que no se pueda trabajar mediante el control de la técnica. Y éstos son los colores que, como en el caso del pintor, están a disposición del actor para conseguir distintos matices”<sup>376</sup>.

El *SILENCIO*, en cuanto ausencia de sonido, no significa que exista ausencia de comunicación. Se dice que el silencio es objetivo cuando equivale a ausencia total de ruido o sonido, en tanto que es subjetivo en el caso del silencio con intención dramática, esto es, con el propósito de enfatizar o revalorizar mensajes, sonidos, emociones, ideas, sensaciones y demás contenidos, ya sean anteriores o posteriores. También en el ámbito artístico en general, v.gr. en música como en actuación, el silencio implica una pausa e imprime un determinado ritmo a la expresión o comunicación artística. El silencio, en fin, puede constituir, asimismo, un recurso interpretativo en forma de pausa reflexiva que ayuda a poner en alerta al espectador y ayuda a valorar el mensaje. De hecho y al respecto, dice un grande del teatro del siglo XX como COPEAU que “El silencio es expresivo por la sinceridad contenida del que escucha, por la simple preparación interior de la respuesta. Un actor que piensa y que siente impresiona al público por la sola calidad de su presencia, sin exteriorizar su pensamiento siquiera mediante una mueca. Cuando un hombre –actor– que escucha a su interlocutor, baja la cabeza y ocultando su cara al público,

---

<sup>374</sup> COPEAU, Jacques, *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. II (1863-1914), coordinados por Jorge Saura, Ed. Fundamentos, Madrid, 2007, págs. 62 y 63

<sup>375</sup> XIRGU, Margarita, *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. II (1863-1914), coordinados por Jorge Saura, Ed. Fundamentos, Madrid, 2007, pág. 98.

<sup>376</sup> CICERÓN, Marco Tulio, en *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. I (429 a.C.- 1858), coordinados por Jorge Saura, Ed. Fundamentos, Madrid, 2007, pág. 37. Extraído de la obra de CICERÓN, *En defensa de Quinto Roscio, el cómico, Discursos III*, traducido por Jesús Aspa Cereza, Madrid, Ed. Gredos, Madrid, 1991.

levanta la cabeza para responder, descubriremos la calidad expresiva de su silencio”<sup>377</sup>. Y DÍEZ CANEDO, a propósito de la actuación de Margarita Xirgu en *La fuente escondida* de Marquina, destacó su capacidad para expresar con los silencios, “esas meditaciones en que se abisma su pensamiento (...) acordes siempre con las actitudes plásticas de la figura”<sup>378</sup>.

La *MIRADA*, asimismo, es la forma expresiva, tal vez, más relevante del rostro del actor cuando éste interpreta ante la cámara y en primeros planos para desarrollar la intimidad y el pensamiento más profundo del personaje. CICERÓN atribuye tales prodigios a la mirada que observa lo siguiente, después de decir que el gesto ha de acompañar siempre a las emociones a través del movimiento, sin palabras: “(...) en fin, todo radica en el rostro y en él todo señorío pertenece a la mirada. Y así mejor lo entendían nuestros mayores, que ni siquiera aplaudían a Roscio —el actor más importante de la época— cuando llevaba máscara. Pues la ejecución toda es competencia del alma y el rostro es el reflejo del alma y la mirada quien mejor la señala: y ésta es la única parte del cuerpo que puede manifestar mediante gestos todos los estados anímicos posibles, pues no hay nadie que pueda hacer lo mismo con los ojos cerrados. Y ciertamente, Teofrasto dice de un actor llamado Taurisco, que cuando al actuar recitaba mirando fijamente a un punto, realmente recitaba dándole la espalda al público”<sup>379</sup>.

De hecho y en tono más conclusivo, mas no menos categórico, CICERÓN advierte que “el control de la mirada es cosa de gran importancia; pues no hay que modificar en exceso la apariencia del rostro, pues no hay que caer ni en payasadas ni en la mueca desagradable, mientras que los ojos son el instrumento que, con su mirar fijo o huidizo, o sostenido o risueño, damos a entender adecuadamente el tono de nuestros discursos. Pues la ejecución es como el lenguaje del cuerpo, por lo cual debe ser congruente con nuestro pensamiento, mientras que la naturaleza que nos dio la mirada —como al caballo y al león las crines y melenas, la cola y las orejas— para expresar nuestro estado de ánimo, por lo cual en la ejecución de nuestros discursos el rostro resulta, después de la voz, lo más efectivo, y éste está controlado por la mirada. Y en todos estos aspectos que son propios de la ejecución —del discurso o actuación— existe una cierta disposición que la naturaleza concede, y por eso con ella se impresionan hasta los no entendidos, hasta las masas, en fin, hasta los bárbaros; ya que las palabras no mueven sino a quienes están unidos por los lazos de una misma lengua y los pensamientos agudos a menudo sobrevuelan las entendederas del personal, que es más bien romo. La ejecución, en cambio, que pregonas las

---

<sup>377</sup> COPEAU, Jacques, *Actores y Actuación*, *óp. cit.*, pág. 62.

<sup>378</sup> DÍEZ CANEDO, en *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. II (1863-1914), coordinados por Jorge Saura, Ed. Fundamentos, Madrid, 2007, pág. 98.

<sup>379</sup> CICERÓN, Marco Tulio, *óp. cit.*, pág. 39.

emociones del alma, a todos mueve, pues con las mismas emociones se ponen en movimiento los ánimos de todos y por ser las marcas las mismas, cada uno las reconoce en los demás, al tiempo que por sí mismos las manifiesta”<sup>380</sup>.

Todas esas cualidades físicas exigen de un entrenamiento del cuerpo y de la mente muy exhaustivo. A ambos campos va dirigida toda la formación actoral. “Porque toda emoción tiene naturalmente su propio rostro, gesto y voz; y todas las partes del cuerpo humano y todas sus expresiones y todos sus tonos de voz, como las cuerdas de una lira, suenan tal y como las han pulsado las emociones del alma”<sup>381</sup>.

### 3.1.2.3.- El cuerpo y la mente del actor.

Todos los recursos y herramientas interpretativas, expresivas y constructivas del personaje las podrá desarrollar el actor si tiene su mente y su cuerpo preparados para ello. Por esa razón, tanto las capacidades físicas y psíquicas innatas o naturales han de ser objeto de entrenamiento y potenciación en el caso del actor profesional. La empresa de construir un personaje y de interpretarlo o actuarlo adecuadamente no resulta sencilla, sino compleja y muy exigente, hasta el punto que sólo un impulso vocacional puede hacer posible un trabajo tan abnegado (en cuanto que sacrificio espontáneo de la voluntad, afectos, intereses, deseos, convencionalismos, etc.) y, en la mayoría de los casos, tan mal reconocido e incluso mal considerado.

#### 3.1.2.3.1.- El cuerpo y la expresión corporal del actor.

El actor informa través de su fisicidad. Las luces se encienden, el actor toma el espacio y el público lo percibe; aquí empieza el teatro. Se ha creado un momento dramático y la respuesta del público es inminente. La comunicación ha comenzado. Se puede concebir un teatro sin palabras, sin escenografía o sin música. Pero, como DECROUX estaba orgulloso de recordar, no puede haber teatro sin actor. De hecho, es precisamente la presencia del actor lo que define el teatro<sup>382</sup>.

Los músicos poseen instrumentos fuera de sí mismos, los escultores y pintores poseen materiales. Los demás, incluyendo actores, bailarines y cantantes, son ellos mismos los instrumentos. En consecuencia, los seres humanos deben someterse a un proceso que puede

---

<sup>380</sup> CICERÓN, Marco Tulio, *Sobre el orador*, traducido por José Javier Iso, Ed. Gredos, Madrid, 2002, págs. 286-289 y 484-490.

<sup>381</sup> *Ibid.*, pág. 37.

<sup>382</sup> DENNIS, Anne, *El cuerpo elocuente*, *óp. cit.*, pág. 22.

compararse a la afinación de un instrumento equilibrando las energías que fluyen por el cuerpo y las tensiones psíquicas y físicas para permitir el libre fluir del movimiento, la voz y la creatividad. Al incorporar una comprensión científica de las funciones del cuerpo al proceso creativo, esperamos poder dar una base firme a la imaginación<sup>383</sup>.

Dice PISK que “(...) la forma de nuestro cuerpo es el borde externo del contenido interno”<sup>384</sup>. La labor esencial del actor es presentar de forma clara y efectiva los pensamientos y sentimientos del hecho teatral. Ese excepcional compromiso con el público es lo que hace que el actor sea el elemento central del espacio teatral. En un arte a menudo dominado por las palabras, música y los efectos visuales es el actor quien, lejos de esconderse tras estos apoyos, debe desarrollar con confianza esa relación especial con el público. El teatro es una expresión física de interacciones, relaciones y acontecimientos y el actor, por medio de las imágenes y los sonidos, es el catalizador<sup>385</sup>.

DENNIS nos advierte que el instrumento del actor, que es su cuerpo, debe estar bien afinado y ser capaz de reflejar todas las influencias internas y externas del momento dramático. No hay lugar para “murmillos o divagaciones físicas”; no hay espacio para movimientos aleatorios, realizados con la esperanza de que sea capaz de adivinar el significado del momento<sup>386</sup>. El trabajo del actor es concreto; es preciso y detallado. Exige que cada parte de su instrumento esté afinada para responder a todas las influencias internas y externas, y estas respuestas deben ser visibles para el público. La base del oficio del actor es reflejar a través de su fisicidad todo lo que ocurre por dentro: hacer visible lo invisible<sup>387</sup>. Para que un actor desarrolle el máximo potencial creativo, es necesario definir los elementos físicos específicos de su oficio.

El actor debe ser capaz de darse cuenta de las exigencias de su imaginación. Debe poseer las habilidades físicas actorales necesarias para crear los personajes y las imágenes que harán que sus objetivos tomen vida, y debe tener un instrumento fuerte, controlado, receptivo y que responda para poder lograr este objetivo. El actor ha de ser tan elocuente con su cuerpo como lo es con las palabras<sup>388</sup>.

---

<sup>383</sup> LEAH BARTAL y NIRA NE'EMAN, *Conciencia del movimiento y creatividad*, traducido por Zulema Levine Seligsohn, Ed. Dilema, 2010, Madrid, pág. 17.

<sup>384</sup> PISK, Litz, *The Actor and His Body*, Ed. Harrap, 1975, Londres, pág. 9.

<sup>385</sup> DENNIS, Anne, *El cuerpo elocuente*, *óp. cit.*, pág. 21.

<sup>386</sup> *Ibid.*, pág.25.

<sup>387</sup> *Ibid.*, pág.27.

<sup>388</sup> *Ibid.*, pág.26.

Por su parte, BARTAL y NE'EMAN vinculan la conciencia del movimiento del cuerpo con el proceso creativo del actor. El cuerpo como instrumento es capaz de crear su propio lenguaje. Así como una persona educada ha aprendido a expresarse con soltura, el cuerpo bien afinado puede cantar una canción, contar un cuento o adoptar la forma refinada de una escultura. Los conceptos lingüísticos se basan en estructuras definidas, de tal manera que las letras y las palabras hacen posibles la formación de oraciones, relatos y poemas. Los movimientos de un cuerpo plenamente consciente pueden organizarse para que sean tan expresivos como cualquier lenguaje. Las personas actúan según la imagen que tienen de sí mismas. Muchas lo hacen sin tener conciencia de esa imagen. Pero si se quiere desarrollar la totalidad del potencial de la persona, esta imagen debería responder a la integración de los sentidos con esa conciencia, basándose en la investigación científica<sup>389</sup>.

El espectador no puede tener la más mínima duda sobre lo qué está pensando o sintiendo el personaje; no puede tener ninguna incertidumbre respecto a de dónde viene, hacia dónde va y qué es exactamente lo que quiere el personaje. Debe hacerse claro y evidente todo lo que respecta al ser social y psicológico del personaje. Al trabajar de esta manera se aprecia la habilidad física concreta que es exclusiva del actor: la necesidad de dominar la acción físicamente explícita<sup>390</sup>.

Sin embargo, observa DENNIS de nuevo, emprender una acción o hacer algo creíble en el espacio teatral no es, en sí mismo, hacer teatro. Una acción debe ser vista como una expresión de un comportamiento humano: que viene de algún lugar y va hacia algún lugar. Acciones como caerse de cara o incluso desenterrar a un muerto no tienen sentido por sí mismas. El público debe saber quién realiza la acción y en qué contexto social y psicológico –“¡Si el Papa se cae de narices es muy distinto a si se cae un *hooligan* con la barriga llena de cerveza! La acción será la misma, pero tendrá un valor dramático muy diferente”<sup>391</sup>.

Si quiere llegar hasta lo esencial, el actor debe evitar a toda costa generalizar las acciones y los gestos. El actor físicamente claro no reemplaza las palabras por gestos como, por ejemplo, enjuagarse la frente para decir: “tengo calor”; o sujetarse la espalda y una mano temblorosa para decir: “soy viejo”. Más bien lucha por encontrar la esencia física de la situación. Así es como entendemos el uso de Bertolt Brecht del término (*gestus*) cuando habla de las acciones y la actitud física del actor. Es importante no pensar en ilustrar una idea, sino en exteriorizar

---

<sup>389</sup> LEAH BARTAL y NIRA NE'EMAN, *Conciencia del movimiento*, *óp. cit.*, pág.15.

<sup>390</sup> DENNIS, Anne, *El cuerpo elocuente*, *óp. cit.*, pág. 25.

<sup>391</sup> *Ibid.*, pág.34.

fisicamente las contradicciones y los conflictos que constituyen el momento dramático. Buscamos claridad sin explicación. Las palabras deben surgir de la necesidad física de comunicar y ofrecer un lenguaje más allá. Cuando el público mire no debe tener ninguna duda de lo que el personaje está haciendo, pensando o sintiendo. Encontrar lo esencial implica una selección. Lo que mantenemos y lo que descartamos, nuestras decisiones: éstas son las cuestiones de la creatividad del actor<sup>392</sup>. El personaje del actor debe estar muy bien definido en pensamiento y fisicidad. Si no, confiará en generalidades y no será creíble, sin más.

BROOK, en su libro *Más allá del espacio vacío* habla de una (diversidad de medios)<sup>393</sup> improvisación, análisis, etc. Cualquiera vale, mientras esté bajo control y la dirección sea clara. El actor debe ser a la vez sensible y concreto según profundiza en la vida del personaje. Lo más importante es que el actor esté abierto y a la vez consciente. La búsqueda del personaje le hará vulnerable y requerirá la disposición de asumir riesgos. Cuando el actor toma la salida fácil, optando por generalidades e imitación, descubrir que está físicamente atado y amordazado. Se ha cercenado a sí mismo la base desde donde el personaje podría crecer y desarrollarse.

Para adquirir la fisicidad de un personaje el actor debe seguir todas las reglas del oficio actoral. Un personaje se desarrolla y surge del cuerpo neutro del actor. El cuerpo es neutro, pero el actor que hay por dentro no lo es. Su imaginación creativa estará respondiendo al estímulo del trabajo previo: la investigación que ha llevado a cabo y las decisiones que ha tomado. Cuando el actor empieza a trabajar físicamente empieza a funcionar la información y las sensaciones físicas y empieza a tomar forma el cuerpo neutro del personaje. Lo que no debe ser es una mera imitación de alguna otra finalidad, aplicada encima del cuerpo del actor.

El cuerpo del personaje asume el cuerpo del actor. El cuerpo del personaje es una entidad visible concreta, no una idea filosófica abstracta. El actor debe ser consiente de todas las influencias que han formado al personaje. La base de la fisicidad del personaje la proporcionará esta mezcolanza de historia personal y cultural, y también es la base de sus respuestas emocionales e intelectuales. El actor debe ir más allá de apariencias e imitaciones. El actor debe sumergirse en el trabajo de una manera física, identificado, reproduciendo y sosteniendo una fisicidad que resulte del análisis y de la imaginación<sup>394</sup>.

---

<sup>392</sup> *Ibid.*, págs.34-35.

<sup>393</sup> BROOK, Peter, *Más allá del espacio vacío*, Ed. Alba, Barcelona, 2001, pág. 35.

<sup>394</sup> DENNIS, Anne, *El cuerpo elocuente*, *óp. cit.*, págs. 36-43.

La reacción física depende totalmente del personaje, de quién es y qué quiere. Distintos personajes reaccionarán de forma diferente cuando, *v.gr.*, se encuentran tristes o enamorados. Un hombre fuerte caminaba lejos y se siente exhausto. Su cuerpo se sentirá diferente al de un hombre débil caminando la misma distancia y por la misma razón. Esta sensación es lo que se denomina sensación física. La labor del actor es crear esa sensación, identificarla, analizarla y mantenerla a lo largo de las exigencias cambiantes de la obra teatral. Por último, debe ser capaz de recrear esta sensación concreta, representación. El actor debe ser capaz de confiar en su comprensión de la neutralidad física del personaje y estar abierto al desarrollo físico del personaje. Para que el impulso del actor tenga libertad para manifestarse, el cuerpo del actor debe desbloquear y liberarlo de todo exceso. Si no el impulso se perderá, se volverá confuso o simplemente permanecerá reprimido<sup>395</sup>.

Cómo se mueve el personaje no debe estar basado en el cuerpo sino, más bien, en el cuerpo del personaje en las circunstancias específicas. La fisicidad del personaje no es una mera cuestión del modo de andar o de cómo le cuelgan los brazos; no basta con dar al personaje una cojera u otro cambio físico. El actor debe recrear la sensación física de la cojera específica del personaje, que es el resultado de un cuerpo específico bajo unas circunstancias sociales y emocionales específicas<sup>396</sup>.

El actor debe ser capaz de sostener la sensación física (el cuerpo, la disposición) todo el tiempo, incluso si se encuentra volando por los aires. Precisamente es en esos momentos en los que el actor, trabajando mediante la imitación, tenderá a prender o dejar caer su personaje. Como resultado, perderá también su motivación y el movimiento y volverá a su propia fisicidad. Buscará a tientas una manera para regresar a lo que creó externamente y ahora ha perdido<sup>397</sup>.

Las especificidades sociales y psicológicas del personaje, así como las especificidades del espacio y las circunstancias influirán sobre la acción. Un movimiento o gesto del actor no es más que una respuesta física a su motivación. Comienza en el interior y sale fuera con la respiración. Un actor jamás debe moverse por el movimiento en sí mismo; por ejemplo, para lucirse. El personaje se moverá como resultado de sus intenciones con el fin de lograr lo que quiere. Dar un paso o cambiar no tiene sentido, no refleja la necesidad del personaje de moverse. No se puede presuponer un estado de ánimo, más bien surge dependiendo de qué ha pasado antes, qué está sucediendo ahora y qué puede pasar en el futuro. El actor entra en este momento, habiendo

---

<sup>395</sup> *Ibid.*, pág.38.

<sup>396</sup> *Ibid.*, pág.38.

<sup>397</sup> *Ibid.*, pág.38.



definido su fisicidad desde su pasado. Él es, desde el momento que entra, el resultado de todo lo que ha sido y ha hecho<sup>398</sup>.

La labor del actor es crear y proyectar. La formación física del actor, por tanto, va más allá de las habilidades físicas de representación. Debe, lo primero de todo, ocuparse de la apremiante necesidad del actor de ser claro y creíble para el público. El teatro lidia con un espacio artificial y, por tanto, el actor no puede meramente representar o repetir la realidad. Un actor, por ejemplo, debe caer sin hacerse daño a sí mismo. Pero saber cómo caer no es suficiente. La caída debe estar dentro del personaje y como repuesta a un momento dramático específico. La razón o causa de la caída es lo que dictará la manera específica en la que el personaje caerá. Un actor debe tener la técnica que, a su vez, le liberará para ejecutar las exigencias dramáticas del momento. No se debe negar las habilidades físicas, sino más bien comprender su uso<sup>399</sup>.

#### 3.1.2.3.2.- La mente y la psicología del actor.

Cuando MEYERHOLD afronta el arte de la interpretación, afirma que “En el arte no existe una ganzúa para abrir todas las puertas. En arte es necesario buscar a cada autor su propia clave. El actor debe tomar en sus manos la interpretación como si fuesen unas riendas con objeto de evitar que resulte descontroladamente su rebosante emoción”<sup>400</sup>. Y a tal fin recomendando organizar las tensiones y las emociones, pues “Las dificultades principales de la interpretación se deben al hecho de que el actor debe ser el director, el incitador, el organizador del material y al mismo tiempo, el material mismo que debe ser organizado”<sup>401</sup>. Y advierte: “Este constante desdoblamiento lleva consigo graves dificultades”<sup>402</sup>.

Todo personaje alberga un perfil psicológico de indudable interés para el actor y para el público receptor. Por más que le atribuya elementos psicológicos el autor literario del mismo, será el actor quien le dote y preste su psicología realmente. A su vez, junto a la psicología que presta el actor al personaje, el propio actor precisa despojarse de su psicología y personalidad para construir y defender al personaje que encarna. Sucede que el ejercicio de vaciar tu psiquis para

---

<sup>398</sup> *Ibid.*, pág.39.

<sup>399</sup> *Ibid.*, pág.40.

<sup>400</sup> MEYERHOLD, Karl Fiodor-Kasimir (Vsevolod Emilievic), *El actor sobre la escena*, *óp. cit.*, pág. 192.

<sup>401</sup> *Ibid.* pág. 192.

<sup>402</sup> *Ibid.*, pág. 192 y añade el siguiente ejemplo ilustrativo de autocontrol emocional en relación con el personaje shakesperiano de *Otelo*: “Este personaje estrangula a *Desdémona* y la habilidad del actor consiste en que, al llegar al extremo, al máximo de la tensión debe, sin embargo, seguir siendo durante todo el tiempo su propio guía; debe conservar el dominio de sí mismo, para no estrangular realmente a su compañera de escena”.

dejar espacio a otra ajena y ficticia por un tiempo conlleva esfuerzos y efectos desconocidos en otros ámbitos de la creatividad artística.

Decíamos en páginas anteriores que GROTOWSKI mencionaba la necesidad de la entrega *total* del actor para poder crear el personaje y convertirse en él. GROTOWSKI<sup>403</sup> va más allá, poniendo de manifiesto la necesidad de que el actor integre todas sus potencias (capacidades, recursos tal vez), tanto físicas como *psíquicas*, emergiendo estas últimas de las “capas más íntimas de su ser y de su instinto” para la creación del personaje, y convertirse en él, hasta las últimas consecuencias podríamos añadir. Y es que el actor imprime cuerpo “y alma” en la confección de ese otro yo –*alter ego*- al que imprime de su voz, de su gesto, de su porte, pero también de sus emociones, de sus propias vivencias, de sus circunstancias.

No sólo Grotowski habla de la interpretación del actor con todos sus recursos físicos y psicológicos. En la misma línea M. CHÉJOV y STANISLAVSKI también recurren a la mente del actor para la creación del personaje. Stanislasvki debía buscar la “verdad” interpretativa en la propia y real conducta humana; Chéjov busca fuera del teatro y fuera de la propia vida, para alcanzar el *summum* en lo más profundo de la imaginación del propio intérprete, que bien puede traer a la realidad gestos, movimientos de la vida cotidiana que en algún momento fueron reales, pero que viven en nuestra memoria e imaginación<sup>404</sup>.

En definitiva, y para no incurrir en reiteraciones innecesarias, por tratarse de un extremo ampliamente tratado *ut supra*, desprenderse de la personalidad propia para albergar la de un personaje y darle vida auténtica, verosimilitud, en efecto, exige unas cualidades físicas y mentales muy específicas. Y todas ellas orientadas a crear, más que un personaje, podríamos decir para reforzar el carácter psicológico de la actuación actoral, una nueva personalidad, siquiera temporal.

#### 3.1.2.4.- Actuación e interpretación ante y para la cámara.

##### 3.1.2.4.1.- La actuación actoral ante los diferentes medios.

Cuando preguntaron a ORSON WELLES sobre las diferencias entre actuar en un escenario y ante un público y hacerlo ante la cámara, él respondió: “Todo eso son insensateces (...). La única

---

<sup>403</sup> GROTOWSKI, Jerzy, *Hacia un teatro pobre*, *óp. cit.*, pág. 10.

<sup>404</sup> CHEJOV, Michael, *Sobre la técnica de actuación*, Ed. Alba Artes Escénicas, 6ª ed., Barcelona, 2015, págs. 23 y 24.

diferencia está entre actuar bien o actuar mal”<sup>405</sup>. Y, ciertamente, compartiendo que la actuación ha de ser buena en ambos medios, sin embargo, la técnica requerida y un sinfín de diferencias interpretativas obligan a marcarlas, precisamente, para lograr una buena actuación ante la cámara.

La actriz ASSUMPTA SERNA consideró, en efecto, una ventaja el que “el actor que proviene del teatro tiene experiencia en la metodología básica de la construcción del personaje. El actor de teatro está acostumbrado a investigar por sí mismo para poder conseguir emociones y emitir ‘señales’ que sean comprensibles como personaje, y ha de saber desarrollar, intuitivamente, una actitud de responsabilidad hacia su trabajo. El actor de teatro habrá adquirido, pues, un bagaje técnico muy valioso para el cine”<sup>406</sup>. Pero advierte GUBERN, no obstante, que “El trabajo del actor se desarrolla en diferentes territorios escénicos y en diferentes medios, con condicionamientos muy diversos, como son el teatro, el cine y la televisión, primos hermanos que tienen mucho en común, pero que se diferencian en tantas cosas y que solicitan estrategias creativas diversificadas”<sup>407</sup>.

WRIGHT dijo ya en 1959 que “la palabra *teatro* incluye actualmente la televisión, el cine y la escena propiamente dicha. A pesar de que esta última es hoy el espectáculo menos concurrido, no cabe duda de que a ella se debe la aparición de los primeros. En su larga historia, el arte escénico ha establecido principios y tradiciones a que deben plegarse los hijos menores. La cámara es la mayor diferencia entre el arte escénico y sus descendientes; gracias a este medio se han convertido aquellas dos artes en un teatro de masas y han creado muchas técnicas nuevas (...)”<sup>408</sup>.

Así como en el cine y en la televisión el actor cuenta con recursos tecnológicos y aportaciones de terceros<sup>409</sup> –director, montador, fotografía, música, efectos especiales, etc.- que contribuyen y le ayudan a crear las emociones, sobre todo la atmósfera necesaria para que las emociones de su personaje trascienda de manera más eficaz hacia el espectador, por contra se enfrenta a un medio en el que sus recursos expresivos han de integrarse entre muchísimos condicionantes de tiempo,

---

<sup>405</sup> WELLES, Orson, en *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. III (1915-2000), coord. por Jorge Saura, Ed. Fundamentos, Madrid, 2007, pág. 21.

<sup>406</sup> SERNA, Assumpta, *El trabajo del actor de cine*, Ed. Cátedra, 1999, Madrid, pág. 16.

<sup>407</sup> GUBERN GARRIGA-NOGUÉS, Román, en la presentación de la obra de SERNA, Assumpta, *El trabajo del actor*, *óp. cit.*, pág. 10.

<sup>408</sup> WRIGHT, Edward, *Para comprender el teatro*, *óp. cit.* pág. 11.

<sup>409</sup> WRIGHT expresa esta idea con mayor precisión: “Es necesario tomar en cuenta la gran ayuda que obtienen los actores del trabajo imaginativo del director y de los técnicos para desarrollar y proyectar la emoción, porque de otra manera perderemos uno de los elementos vitales del cine. Es necesario que haya emoción, pero no debemos confundirla con la actuación”, WRIGHT, Edward, *Para comprender el teatro*, *óp. cit.*, pág.136.

espacio, ausencia de público, tecnología, etc., diferentes a los que afronta en la representación escénica. Tal vez la ventaja más considerable de actuar ante la cámara sea la posibilidad de repetir y seleccionar las tomas o secuencias mejor realizadas e incluso mejorarlas posteriormente en el estudio y en toda la fase de postproducción<sup>410</sup>.

Sin embargo, se dice que la cámara desnuda el alma del actor y del personaje, de manera que un mínimo gesto puede delatar la verosimilitud de dicho personaje o, por el contrario, dotarle de matices singulares que lo enriquezcan considerablemente. El cine y la televisión, en efecto, provocaron una profunda transformación de la técnica interpretativa pues, a diferencia del medio teatral, no existe interacción con el público ni desarrolla su personaje de manera continua ni puede proyectar su voz ni sus movimientos en igual forma.

Al momento de la actuación, además de la extraordinaria concentración que ha de desarrollar, el actor debe ahondar en su memoria afectiva, en sus vivencias personales y la demás información, o elementos utilizados en la construcción de su personaje audiovisual para darle la fuerza dramática requerida. Y ese ejercicio complejo difiere si se actúa ante la cámara o se hace en una representación teatral.

Interpretar ante la cámara significa que el actor ha de modular todo el personaje que ha construido a unas necesidades técnicas impropias del ámbito teatral. Para empezar, ha de manejar los diferentes tipos de planos, la discontinuidad de la acción, y dirigirse a un público que no está presente pero que va a percibir todo lo que haga frente a la cámara. En el medio audiovisual rige la regla no escrita de que “menos es más”, esto es, que todo ha de tender hacia la normalidad o naturalidad de la actuación, lo que exige al actor una gran capacidad expresiva pero también de contención para no sobreactuar, buscando así un equilibrio entre lo verdadero o natural y la ficción del personaje. El mejor actor de cine o televisión es aquél que se manifiesta invisible tras su personaje. Lo cual exige un equilibrio extraordinario entre la técnica y la naturalidad para darle toda la fuerza y credibilidad al personaje.

---

<sup>410</sup> WRIGHT presta un buen apoyo de autoridad a estas consideraciones al decir que “El actor cinematográfico puede actuar sin ninguna reacción del público, pero posee todas las oportunidades necesarias para lograrla. El actor teatral, por su parte, se inspira en la respuesta del auditorio y sólo posee una oportunidad en cada representación. Esto asegura al auditorio de una sala de cine que verá únicamente la mejor actuación de la que un actor es capaz. En el escenario siempre existe la posibilidad del error humano: una falla de memoria, un mueble mal colocado, accidentes de cualquier clase. Estos errores acarrearán un nuevo conjunto de circunstancias a las que el actor tiene que enfrentarse, y permite que se produzca un interés mayor y el elemento de sorpresa o de diversión por parte del auditorio. Las pruebas de vivacidad y soltura no son tan válidas en el cine, porque las fotografías bidimensionales que observamos pueden haberse tomado unos meses o hasta algunos años antes. Han cristalizado y son inmutables. Al hacer las fotografías, el artista tuvo muchas oportunidades para lograr el efecto deseado; nosotros sólo vemos el resultado” -WRIGHT, Edward, *Para comprender el teatro*, óp. cit., págs. 136-137.

De nuevo buscamos la autoridad de WRIGHT para sentar los tres elementos de toda manifestación o creación artística: sustancia, forma y técnica. “La *sustancia* es esencialmente lo que el artista trata de expresar: su tema, los elementos de su creación, el aspecto de la vida que trata de comunicar o de compartir con su público. La *forma* es el arte particular mediante el cual ha querido expresarse, la figura o la estructura dentro de cuyos límites creará su obra. Este elemento implica los principios establecidos para cada medio, porque aunque las reglas nunca deben limitar el arte, éste crea continuamente reglas. (...) La *técnica* es el método para ajustar o mezclar la sustancia a la forma. Es la manera personal del artista para lograr su fin e implica la selección y el arreglo de sus materiales de acuerdo con un efecto particular. La forma y la técnica son los elementos que distinguen el arte de la vida, y la técnica es además el elemento que distingue la obra de un artista de la de otro. A menudo se le llama su estilo personal o su cualidad, porque es esencialmente la autoproyección del artista. Los tres medios: el teatro, el cine y la televisión son muy semejantes en sustancia y en forma, pero varían grandemente en su técnica”.

#### 3.1.2.4.2.- La especialidad de la actuación en el cine.

Ahora bien, la carga emotiva y la intensidad que ha de dar el actor a su personaje cuenta con el hándicap de tenerlo que hacer de manera discontinua y sin orden sucesivo, lo que obliga al actor a multiplicar su concentración para mantener al personaje durante todo el rodaje de una película o una serie de televisión, con todos sus elementos y al nivel de intensidad requerido. Pues es común en la producción audiovisual seguir un orden de rodaje o grabación donde las secuencias no se desarrollan de manera lineal u ordenada sino que se realiza una parte un día, la cual puede coincidir con unas secuencias del inicio, medio o final y luego, otro día, se regresa a otras partes, etc. Lo cual, y a diferencia de la actuación escénica, exige del actor la capacidad de poder detonar sus emociones en cualquier momento y con la intensidad apropiada a la secuencia.

Asimismo, si en la actuación teatral el actor tiene que proyectar sus gestos de manera notoria y cuenta para ello con mayor flexibilidad, cuando actúa ante la cámara ese gesto ha de acomodarse, con mayor sutileza, al tipo de plano que se esté manejado para la secuencia concreta. Téngase en cuenta que, muchas veces, lo que retiene el espectador de un personaje es un determinado gesto o movimiento, más que el parlamento, diálogo o monólogo.

La obra audiovisual constituye una historia contada con imágenes, a través de diferentes planos y secuencias de imágenes. Por tanto, no sólo la imagen impera sobre la palabra, sino que el

lenguaje visual que ha de desarrollar el actor es muy diferente al que realiza en la obra escénica. Por ejemplo, la fuerza expresiva de los ojos, de gran efecto en el espectáculo teatral, adquiere una relevancia extraordinaria en los primeros planos o planos cortos cinematográficos. El propio MEYERHOLD<sup>411</sup> llegó a definir al actor como “el maestro de la mirada”. La carga expresiva de la mirada es de indiscutible incidencia en el arte interpretativo, mas no sólo en aquellas actuaciones con predominio del mimo y la pantomima, como acontecía en la etapa del cine mudo, donde las miradas de Charles Chaplin, de Buster Keaton o la de Harold Lloyd<sup>412</sup> decían más que cualquier parlamento, sino también en la era del cine sonoro, donde la palabra y la voz comparten protagonismo expresivo con otros recursos o atributos físico-interpretativos, la mirada y los ojos en los planos cortos dejan traslucir el alma del actor y del personaje<sup>413</sup>.

Para GUTIÉRREZ ARAGÓN “El actor, en cuanto actor, existe para la cámara, y mantiene con ella unas relaciones especiales, a veces sin mérito propio, como si tuviera el don de un dios caprichoso. El encanto acostumbra a deshacerse fuera del plató. A eso se le suele llamar fotogenia. (...) Se quiera o no, el rostro cinematografiado, sobre todo el primer plano, tiene los componentes de un retrato. Pero ¿un retrato de quién? ¿Del actor o del personaje? Aunque el actor y el personaje compartan la misma cara, sus expresiones varían hasta transparentar retratos distintos. Se dice que un retrato siempre supone alguna clase de verdad. Más modestamente, suelo decir que un retrato lo que supone es que hay algo que retratar. Y es que el rostro en el cine no busca la mimesis, el parecido, sino que más bien intenta ocupar un sitio en el relato, en la acción que está pasando, y sólo el actor-personaje puede hacer que pase y que suceda lo que tenga que suceder. El rostro, en el cine, es un retrato que camina. [...] Como en los cuentos, la

---

<sup>411</sup> MEYERHOLD, Karl Fiodor-Kasimir (Vsevolod Emilievic), *El actor sobre la escena*, *óp. cit.*, pág. 47.

<sup>412</sup> Y más recientemente, Mr. Bean, en cuanto que personaje que se expresa principalmente mediante mímica, creado e interpretado por el actor inglés Rowan Atkinson.

<sup>413</sup> Recordemos en ese segundo grupo de miradas cautivas y expresivas, entre otros muchos, a Bette Davis, Gary Cooper, Cary Grant, Marilyn Monroe, Humphrey Bogart, Katharine Hepburn, Marlon Brando, Ingrid Bergman, James Stewart, Ava Gardner, Gregory Peck, Audrey Hepburn, Paco Rabal, Greta Garbo, Fred Astaire, Elizabeth Taylor, Henry Fonda, Judy Garland, Clark Gable, Marlene Dietrich, Meryl Streep, Peter O'Toole, Laurence Oliver, Rock Hudson, Grace Kelly, Paul Newman, María Félix, Groucho Marx, Sara Montiel, Richard Burton, Sofía Loren, Clint Eastwood, Tom Hanks, Marcelo Mastroliani, Fernando Fernán Gómez, Julia Roberts, Denzel Washington, Morgan Freeman, Javier Bardem, Will Smith, Robert DeNiro, Al Pacino, Jack Nicholson, Jim Carrey, Robin Williams, Anthony Hopkins, Nicolas Cage, Julianne Moore, Sean Connery, Dustin Hoffman, Susan Sarandon, Harrison Ford, Russell Crowe, Cate Blanchett, Brigitte Bardot, Claudia Cardinale, Julie Christie, Catherine Deneuve, Carmen Maura, Maureen O'Hara, Vittorio Gassman, Charlton Heston, Jack Lemmon, Marcello Mastroianni, Luis Tosar, Richar Gere, Jane Fonda, Robert Redford, Aitana Sánchez-Gijón, Antonio Resines, Tim Burton, Sean Penn, Scarlett Johansson, Errol Flynn, Jodie Foster, Paco Martínez Soria, Michelle Pfeiffer, William Holden, Kate Winslet, Alfredo Landa, Edward Norton, Michael Caine, Charlize Theron, Halle Berry, Maribel Verdú, Gene Hackman, Robert Duvall, Jeremy Irons, Jessica Lange, Kathy Bates, Natalie Portman, John Malkovich, Uma Thurman, Emma Thompson, Warren Beatty, Sandra Bullock, George Clooney, Ricardo Darín, Agustín González, Alberto Closas, José Bódalo, Javier Cámara, Carmelo Gómez, Imanol Arias, Eusebio Poncela, Jordi Mollá, Rafael Álvarez “El Brujo”, Sancho Gracia, Pepe Sancho, Manuel Alexandre, Ana Belén, Lola Dueñas, Lluís Homar, Antonio de la Torre, Pilar López de Ayala, Emma Suárez, Elena Anaya, María Valverde, Alex Brendemühl, Paco León, Luis Merlo, Carmen Machi, Mario Moreno “Cantinflas”, Roberto Gómez Bolaños, Daniel Brühl, y un largo etcétera.

diégesis fílmica privilegia la acción sobre la descripción y el retrato psicológico, empujando al narrador a dejarse de rodeos e ir al grano”<sup>414</sup>.

Del espacio escénico en el que se desarrolla la interpretación teatral al plató, estudio o exteriores en los que se desarrolla la interpretación audiovisual median también notables diferencias. Sin necesidad de profundizar sobre el espacio, cual lo hiciera respecto de la obra plástica el filósofo alemán HEIDEGGER <sup>415</sup>, sin embargo, interesa destacar que el ámbito espacial marca considerablemente varios elementos o recursos interpretativos para el actor de cine o de televisión. Ya hemos dicho que el juego de planos diversos imprimen un sentido a la obra audiovisual en su conjunto, al tiempo que obliga al actor a cambiar de registros y modular su expresión corporal, ritmo, gestos, tonos de voz, intensidad dramática, etc.

WRIGHT advierte, asimismo, que “el teatro es un arte de actuación colectiva, el cine es el arte de la actuación individual y de las imágenes en movimiento. Casi nunca se requiere un trabajo en conjunto. Exceptuando, naturalmente, muchas escenas de masas que son tan corrientes. Cuando un individuo o un grupo pequeño adquieren relevancia, la cámara se desplaza y tenemos el *close up*, que elimina a todos aquéllos que no tienen que ver con esa secuencia. Este método no puede emplearse en el escenario”<sup>416</sup>.

SERNA advierte también que en el cine “La transición entre secuencias puede ser instantánea o puede significar un siglo de espacio, de tiempo o de emoción. Por ello, es conveniente que separemos por bloques de secuencia al personaje, identificando los llamados signos de puntuación –fundidos, encadenados, personajes nuevos seguidos de lugares conocidos, y unidad de acción-, que son los que separarán un bloque de otro. Es difícil que durante el rodaje las secuencias sean respetadas en tiempo de filmación y en un mismo día. Según el plan de rodaje, tendremos que interpretar, en un solo día, escenas que pertenecen a distintos bloques de emoción”<sup>417</sup>.

Finalmente, la caracterización es también muy importante para actuar ante y para la cámara. Debido a la gran cercanía, este aspecto puede ser a la vez más fácil o más difícil. Se exige un mayor control de la expresión facial y de los ojos, y de hecho, de todo el cuerpo. Cualquier leve movimiento puede tener significado o ser por lo menos causa de distracción.

---

<sup>414</sup> GUTIÉRREZ ARAGÓN, Manuel, *A los actores*, Ed. Anagrama, Barcelona, 2015, págs.. 69-70.

<sup>415</sup> HEIDEGGER, Martin, *El arte y el espacio*, traducido por Jesús Adrián Escudero, Ed. Herder, Barcelona, 2009.

<sup>416</sup> *Ibid.*, pág. 135.

<sup>417</sup> SERNA, Assumpta, *El trabajo del actor*, *óp.cit.* pág. 44.

### 3.1.2.4.3.- Las peculiaridades de la actuación actoral en la ficción televisiva.

La producción de ficción televisiva se ha desarrollado extraordinariamente en las últimas décadas y en nuestros días ocupan el primer nivel en el mercado audiovisual de todo el mundo<sup>418</sup>. Tanto el cine como la ficción audiovisual que se produce para ser emitida exclusivamente por televisión, han alcanzado sus mayores cotas de difusión e impacto a través de este medio de comunicación de masas. Al principio, la ficción televisiva trató de emular aspectos del cine y del teatro, e incluso llevó el arte escénico directamente a la “pequeña pantalla”. Y, en efecto, aunque interpretar para la cámara es algo que el actor debe hacer tanto en cine como para ficción televisiva, hay singularidades de esta última forma de producción que trascienden a la técnica de actuación y a todos sus condicionantes.

Dentro de la ficción televisiva cabría distinguir entre obras basadas en contenidos históricos, novelas clásicas o similares, cuyo proceso de producción y de interpretación se acerca bastante al de la producción cinematográfica, incluso en la generosa utilización de exteriores, etc. Sin embargo, la inmensa mayoría de la producción televisiva de ficción responde a un esquema intenso de producción y a un formato de realización bien definido y muy diferente al del cine. Desde el gran número de episodios a la gran cantidad de texto, pasando por el sostenimiento del personaje durante largo tiempo y agotamiento de los recursos expresivos para mantener su viveza, hasta la mecánica de realización y las incesantes variables que se van introduciendo en función de la aceptación que los personajes y las tramas van adquiriendo entre el público espectador, sujeto todo al dictado de la audiencia televisiva semanal. Con todo, no obstante, la ficción televisiva se ha convertido en las últimas décadas en la principal fuente de trabajo y trascendencia de los actores en todo el mundo.

WRIGHT apunta unas diferencias generales de la actuación televisiva respecto de la cinematográfica o teatral, advirtiendo que tiene “tantas ventajas como inconvenientes”: “El gran empleo de *close ups* es ventajoso para el actor cinematográfico que está habituado a ellos. En cambio, el actor teatral, que debe proyectarse física y vocalmente hasta el último rincón de la

---

<sup>418</sup> Tan es así que en las últimas décadas los grandes estudios de cine de Hollywood –Warner, Sony, Paramount, Fox- integrados en la MPAA han desplazado de su centro de negocio a las superproducciones cinematográficas para dar paso a la producción de series de televisión de gran impacto nacional e internacional (*Juego de Tronos*, *Modern Family*, *Breaking Bad*), al tiempo que las grandes corporaciones televisivas de dicho país han desarrollado una intensa producción de ficción televisiva (HBO, ABC, CBS). Asimismo, tanto en España (RTVE y grupos Mediaset y Atresmedia) las series de producción propia, como en los principales países de producción audiovisual de América Latina (Televisa-México, Globo-Brasil, Caracol-Colombia, Arter-Argentina, Telemundo-EEUU, Univisión-EEUU-México, etc.), la ficción televisiva –telenovelas- se han convertido en el verdadero modelo de negocio televisivo. Lo mismo cabe decir de la ficción audiovisual de televisión en países como China, India, Japón, Turquía, Inglaterra, Italia y Francia.



sala, se ha visto obligado a ajustarse a estas nuevas circunstancias. Por otra parte, el actor teatral acostumbrado a las producciones de teatro redondo, encuentra que esta experiencia es muy útil para actuar en televisión; el actor teatral puede memorizar un papel o sostener un personaje durante una larga escena porque posee una mayor coherencia cuando controla su cuerpo, su voz y su imaginación, en tanto que el artista de cine siempre ha actuado en secuencias muy cortas y ha tenido la oportunidad de repetir las escenas hasta lograr el efecto deseado. El actor cinematográfico está acostumbrado a muchos recursos mecánicos como luces, micrófonos, mobiliarios y la cámara omnipresente. El actor teatral deberá hacerse a la idea de ser gobernado por el equipo mecánico y estar cercado por él”<sup>419</sup>.

La reducción del espacio de actuación a un plató o estudio acerca al actor al modelo productivo del cine clásico, pero los ritmos y la mecánica de grabación en la ficción televisiva adquieren velocidad de vértigo. Las series de acción e históricas, sin embargo, se acercan más al cine moderno en cuanto a sofisticación, desarrollo de acción en exteriores, efectos especiales, etc., pero manteniendo el ritmo de producción propio de la televisión, en cierto modo, pues apenas hay tiempo para preparar la actuación y las jornadas de trabajo se hacen interminables. En todo caso, en la ficción televisiva el actor ve reducido su espacio y ha de estar siempre dentro del plano, lo que le obliga a moverse con gran precisión y tener un manejo solvente de los planos y ángulos que utiliza la cámara. Asimismo, si decíamos que en el cine, frente al teatro, la actuación es más individual, en la ficción televisiva la actuación coral adquiere nuevas dimensiones y ya no se convive de otra manera, con la complejidad de armonizar esa interacción colectiva de actores con los rigores del espacio, los planos y las secuencias largas.

“Los actores que trabajan en este medio tienen conciencia de éste y de otros detalles cuando trabajan para lograr una caracterización, cuando tratan de recordar sus parlamentos, la dirección exacta, la idea de la obra y su relación con los demás actores; cuando tienen que fijarse en el director y recordar que su verdadero público es el camarógrafo, aunque haya público en el estudio. Sin embargo, no permiten que el penetrante ojo de la cámara capte ninguna de las frustraciones que pueden resentir ante esos problemas técnicos. Hay que añadir además la presión constante del reloj que marca los segundos, las fantasías de los patrocinadores, de las agencias de publicidad y del público, y así llegaremos a la conclusión de que la actuación televisada es quizás la que exige mayor esfuerzo”<sup>420</sup>.

---

<sup>419</sup> *Óp. cit.*, págs. 138-139.

<sup>420</sup> WRIGHT, Edward, *Para comprender el teatro*, *óp. cit.*, pág.139.

Junto a los condicionantes espaciales y temporales, la actuación para la ficción televisiva presenta ciertas singularidades en relación con otros elementos o factores básicos de la interpretación como son la voz, los gestos, el movimiento, la mirada y la caracterización, así como respecto de los efectos de la acción y la reacción, que se produce entre los actores sin que medie, como en el teatro, la interacción y el pulso directo de emociones que representa el público.

En la televisión, mucho más que en el teatro, dice WRIGHT, “la voz debe ser agradable a través del micrófono, tener una amplia difusión, una buena articulación y no destacar la dicción de manera obvia a menos que así lo determine una caracterización particular. Debe poseer un estilo propio y mostrar una riqueza de sentimientos e inteligencia. A través de la voz y visualmente también a través del cuerpo del actor, obtenemos el significado del parlamento, el propósito o la intención del personaje. No caben las generalidades cuando lee una línea en la televisión; lo *específico* debe siempre resaltarse. El actor debe estar siempre atento a la manera como encadena las palabras, a los énfasis y pausas que hace. La variedad es un factor fundamental; es como si nos estuviera hablando personalmente, puesto que se encuentra muy cerca de nosotros y nuestra atención está concentrada en él y sólo en él”<sup>421</sup>.

Como público, nos interesamos siempre en los motivos de los personajes. En el teatro, nuestro interés principal se centra en el que habla y en sus acciones. Tanto en el cine como en la televisión, frecuentemente vemos mejor las reacciones de los personajes si se actúan. En cualquier programa televisado, puede descubrirse el enorme énfasis que el camarógrafo, el director o aún el dramaturgo ponen en las reacciones al enfocar la cámara directamente sobre la cara y la acción de la persona a la que se habla.

El actor de televisión tiene más oportunidades y más minucias con que contar para lograr una caracterización realista, pero esa posibilidad le acarrea también más responsabilidades y la necesidad de ejercer un mayor control.

En la ficción televisiva, las caracterizaciones se apoyan en hechos y en rasgos simples, como por ejemplo el tímido, el atrevido, el avaro, la que busca esposo (o en caso contrario, esposa), el camorrista, el bienintencionado que incurre siempre en errores, o simplemente se tratará de una “familia común y corriente”. Las largas series televisadas que pasan en las mañanas o en las

---

<sup>421</sup> *Ibid.*, pág. 140.

tardes son muy semejantes a esta “comedia de situaciones”. La única diferencia estriba en sus situaciones melodramáticas y pseudo-serias.

Finalmente el plan de grabación o rodaje de una serie de televisión difiere notablemente del de cine. El cine es más artesanal y se desarrolla con más tiempo. En el cine, hay más tiempo para todo, se rueda durante dos o tres meses noventa o ciento veinte minutos de metraje. En una serie de emisión semanal cada dos o tres jornadas se puede grabar un capítulo de 30 minutos o más, y en las de emisión diaria cada día se graba un capítulo más corto. Ciertamente que en estos formatos de ficción televisiva, una vez construido el personaje en los primeros capítulos luego es más llevadero ir introduciendo matices y variantes, pero opera en contra el escaso tiempo que dispone el actor para estudiar el guión, que se lo entregan de un día para otro, es decir, a las 22 hs. para recogerlo de madrugada en su casa a las cinco de la madrugada y comenzar su trabajo en *set* a las 08 hs. Es un ritmo de grabación muy estresante y ello condiciona sobremanera la capacidad de concentración y de asimilación del texto y construcción de personaje en tan adversas circunstancias.

### **3.1.3.- El trabajo creativo del actor.**

#### **3.1.3.1.- Planteamiento de la cuestión: aspectos generales.**

El empleo del intelecto más un buen número de atributos de la personalidad (apariencia física, gesto, voz, ritmo, etc.) que pudiera considerarse de carácter físico, junto con el desconocimiento generalizado sobre el alcance del trabajo creativo del actor y no pocos intereses económicos de diferente índole y origen, han operado contradictoriamente en contra de la consideración de creador del actor. Y, por ende, en contra de su reconocimiento de derechos de carácter intelectual que amparasen tal condición y el fruto de su trabajo creativo: la interpretación o ejecución artística, en nuestro caso, la interpretación audiovisual.

Nos hallamos, pues, ante la cuestión fundamental y básica que subyace en toda esta Tesis y en el tratamiento que las interpretaciones audiovisuales han recibido por parte del legislador nacional, regional e internacional en todas las partes del planeta. Para quienes el actor es un mero repetidor de las palabras escritas en un guión y que actúa bajo las directrices de un director-realizador que le va indicando exactamente lo que ha de hacer en cada momento, obviamente, no ofrece los rasgos característicos del creador intelectual y, por tanto, no merece ni tal calificativo ni ser amparado por el Derecho de autor. Sin embargo, para quienes el actor, partiendo de las pautas

del guión, el cual ya describe literariamente un personaje, aporta una serie de elementos intelectuales y personales para dotar de vida y de perfiles propios a dicho personaje, construyéndolo en definitiva para que de la virtualidad literaria pase a tener vida propia y logre transmitir los sentimientos necesarios al espectador, entonces el actor es un creador intelectual de primer orden, tal y como lo creemos nosotros y como consideramos quedará sobradamente acreditado a lo largo de este trabajo.

En efecto, una parte de los detractores del carácter creativo del trabajo del actor consideran que el mismo consiste en ponerse delante de una cámara o de un público a declamar, con mejor o peor suerte, un texto. Para otros, rayando lo despectivo, el actor es una mera “marioneta”, un elemento más, manejado por el director-realizador o por el director escénico.

Para nosotros y para la mayoría de la doctrina jurídica, científica y artística, sin embargo, el trabajo del actor implica una actividad creativa tan compleja, original e intensa como la de cualquier otro creador de los nominalmente catalogados como autores, sin perjuicio, además, que, desde una perspectiva comercial y sociológica –ámbito en el que despliegan sus efectos los derechos intelectuales de contenido patrimonial-, tal vez, la interpretación actoral añada mayor valor a la obra audiovisual en la que se integra que el trabajo de otros creadores.

El artista actor como el artista plástico, en el proceso creativo, se enfrentan a un espacio vacío, a un fondo blanco que han de dotar de volumen, de movimiento real o simulado, de quietud en otros casos, de color, equilibrio y forma, en definitiva. Con independencia de las ideas previas, de la realidad que observan y de la que imaginan, de la información y datos previos, son ellos los que han de ejecutar tales ideas y proyectos para concretarlo en una creación singular, original y única, impregnada de su personalidad y pensamiento. Similar proceso creativo siguen otros creadores artísticos como los escritores de cualquier género literario, escultores, músicos, etc. En esencia, esa es la visión que el actor tiene de sí mismo, la de creador de emociones, sentimientos, formas, movimientos, gestos, sugerencias y demás contenidos espirituales que transmite al espectador o receptor de su actuación.

La peculiar forma de creación del personaje y su forma de actuación o externalización hacen que actor, a diferencia de otros creadores, encarne una paradoja compleja, pues es a la vez persona y personaje, dos entidades diferentes y perceptibles que han de convivir durante un tiempo indisolublemente.

Por tanto y para comenzar a desmontar tópicos y prejuicios de origen e intencionalidad diversa, conviene, de un lado, traer a colación las premisas sentadas *ut supra* en torno a la creatividad, el sujeto y el proceso creativo, y, de otro, progresar con profundidad de miras en la búsqueda de otros apoyos multidisciplinares que acrediten y fundamenten el carácter creativo del trabajo del actor.

### 3.1.3.2.- Las bases aristotélicas de la cuestión: la teoría de la “potencia y el acto”.

Y en ese camino de reconstrucción tenemos que acudir, de nuevo, a la autoridad de Aristóteles y, dentro de su magna obra, concretamente y en este caso a su *Metafísica*. Ya extraíamos más arriba de su otra obra cumbre, la *Poética*, una premisa fundamental para nuestro estudio, a saber: que todas las manifestaciones artísticas son imitación (mímesis), diferenciándose tan sólo en la forma, medios u objeto de imitación. Ahora, en efecto, hemos de acudir a esa otra obra cumbre del pensamiento aristotélico, cual es su *Metafísica*<sup>422</sup>, lo que se halla más allá de la física<sup>423</sup>, pues como veremos a los efectos que aquí interesan, en el Libro IX (y en concordancia con otros) de dicha obra esotérica, Aristóteles, para explicar el movimiento o el cambio, articula su teoría sobre la potencia y el acto.

En efecto, ya hemos desgranado anteriormente el sentido del arte para Aristóteles en su *Poética*<sup>424</sup>, sobre todo cuando en su párrafo segundo aseveraba que todas las “artes poéticas” son imitación, mas su alcance no se detiene en imitar o representar la realidad o la naturaleza, sino en crear un “artificio” o ficción de la misma en la que su creador deja la impronta de su personalidad. Con ello queríamos poner de manifiesto que entre las diferentes manifestaciones artísticas median denominadores comunes tales como la mímesis ya apuntada, el proceso creativo o la fuente creativa del ser humano, cual es su mente o intelecto. Asimismo y con esas mismas bases aristotélicas, las diferencias entre las diferentes manifestaciones artísticas (*poéticas o poesías*) consisten en la forma, objeto o medios utilizados para realizar la imitación correspondiente. Circunstancias, en todo caso, nada desdeñables que, junto a otras de diferente rango y naturaleza, coadyuvan hacia una premisa importante cual es el carácter intelectual de todas ellas y, por consiguiente, merecedoras del amparo jurídico que brinda el derecho de autor o la propiedad intelectual.

---

<sup>423</sup> Etimológicamente, sin embargo, no es claro que el término “metafísica” signifique eso, más allá de la anécdota no contrastada.

<sup>424</sup> *Op. cit.* pág.34.

Ahora bien, la base argumental y el valor artístico o creativo intrínseco y extrínseco de la interpretación o actuación actoral –artística en general- debemos buscarla de nuevo en una de las tesis más brillantes, tal vez, del maestro Aristóteles, plasmada como cuestión transversal y fundamental de otras muchas, y que llevó al pensamiento medieval, renacentista y moderno a su estudio, reinterpretación y adaptación al estadio correspondiente del pensamiento científico, filosófico y metafísico. Nos referimos, de nuevo, a su *Metafísica*<sup>425</sup> y, dentro de esa obra esotérica<sup>426</sup>, especialmente al Libro IX (en relación con los Libros V, VII y VIII, con los que forma una unidad expositiva o temática, en cierto modo). En dicho Libro IX, como se ha dicho, centra Aristóteles su teoría y conceptos sobre el “acto”<sup>427</sup> y la “potencia”, para explicar el principio del cambio.

El cambio puede ser sustancial, si la cosa deja de ser lo que era y pasa a ser otra cosa (como la semilla cuando se convierte en planta), o accidental, si la cosa cambia o pierde una cualidad accidental sin dejar de ser ella misma (como el niño cuando se convierte en adulto). El problema que se plantea Aristóteles es como distinguir entre esas dos cosas, entidades o seres, pues si no logramos distinguirlas entonces no se admitiría el cambio o devenir. Y la forma de arbitrar una solución a ese paradigma la halla Aristóteles en la distinción real –observable en las cosas mismas- entre el acto y la potencia, que desarrolla en el mentado Libro IX de su *Metafísica*, si bien se apoya en premisas y conceptos previos fijados en los libros precedentes. El “ente” o el “ser” de las cosas puede darse en acto o en potencia, de tal manera que el niño o la semilla son entes o seres en potencia, pues tienen capacidad de llegar a “ser acto”, esto es, un hombre o una planta. Para pasar del “ser potencia” al “ser acto” se requiere de una actividad que impulsa el cambio o el devenir de un estado a otro.

---

<sup>425</sup> El término “metafísica” no fue acuñado por Aristóteles, si bien a partir de su obra surge la disciplina que así se denominó por siempre. “Metafísica”, lo que está más allá de la física, era un término compuesto por el prefijo *meta* (“más allá”) y por el sustantivo *física* (del griego *physis*, que significa “realidad” o “naturaleza” y que dio nombre a la ciencia que estudia las propiedades y comportamiento de la naturaleza o la realidad física o material de las cosas tales como la energía, el espacio, el tiempo y la materia, así como la interrelación de tales elementos), de manera que era un concepto que marcaba un orden fáctico en cuanto que tenía por objeto el estudio de las realidades inmateriales que se hallan más allá de las cosas físicas y un orden de conocimiento o estudio, pues su estudio debía iniciarse después de estudiar el aspecto físico de las cosas.

<sup>426</sup> Dando por reproducidas las “advertencias” que hacíamos *ut supra* en relación con *La Poética*, extensibles prácticamente a toda la obra aristotélica que ha trascendido, y muy especialmente a su *Metafísica*, pues siendo esotérica su fin no era la publicación sino la utilización a modo de notas y apuntes para apoyarse en sus lecciones magistrales peripatéticas, siendo luego sus discípulos, dirigidos probablemente por el maestro y autor –considerando su talante bibliófilo y sistemático-, y posteriormente sus peripatéticos, quienes recopilaron, completaron y ordenaron esos textos fragmentados en catorce libros para constituir una unidad denominada *Metafísica*, mas no un tratado unitario o sistemático, no obstante su ordenación temática y la relación que media entre algunos de sus libros.

<sup>427</sup> Dice ALVIRA que “acto” significa acción, y de entre los diversos tipos de acciones el más aparente es el movimiento, porque va ligado a lo sensible y nuestro conocimiento intelectual comienza siempre en los datos obtenidos por los sentidos, de ahí que la acepción más inmediata de la palabra “acto” sea la de una acción que implica movimiento. Así, las acciones del hombre se denominan también actos y las partes en que se divide una acción teatral o cinematográfica también se califica de actos. ALVIRA, Tomás, *Significado metafísico del acto y la potencia en la filosofía del ser*, Anuario Filosófico, Universidad de Navarra, vol. 12, núm. 1, Pamplona, 1979, pág. 9.

Potencia es sinónimo de capacidad, poder o posibilidad, al igual que impotencia lo es de incapacidad<sup>428</sup>. A partir de ello, Aristóteles ofrece varias definiciones de “potencia” o “capacidad” en el Libro V, Capítulo XII, (1019a-15), como “el principio del cambio o del movimiento que se da en otro, o bien por la acción de otro, o bien en tanto que otro”. También define esos términos (1019a-25) como “la capacidad de realizar algo perfectamente, o según la propia intención”, así como (1019a-30) “todas aquellas cualidades poseídas por las cosas en cuya virtud éstas son totalmente impasibles o inmutables, o no se dejan cambiar fácilmente para peor”. Es decir, potencia o capacidad se predica tanto de la capacidad de cambio a mejor como de la resistencia a cambiar a peor (corromperse o destruirse)<sup>429</sup>. “Y parece que algo es capaz, a veces por poseer algo y a veces por estar privado de algo”<sup>430</sup>. También asevera en el Libro VII, Capítulo IX, cuando aborda las conclusiones sobre el devenir, la generación espontánea y la preexistencia de la forma que: “unas cosas no llegan a existir si no actúa el que posee el arte – conocimiento-, mientras que otras cosas sí –pueden existir por sí mismas- (...) o ser puestas en movimiento por agentes que no poseen arte (...)”<sup>431</sup>. “Por consiguiente, al igual que los silogismos, el principio de todas las cosas es la entidad”<sup>432</sup>. Tres son, pues, los elementos básicos para Aristóteles: entidad, forma y esencia. Si el punto de partida de un silogismo es la definición, ya que la misma expresa la esencia, en las producciones, si el producto es de arte, su origen está en el conocimiento de la entidad (*qué es*), de la esencia y de la forma presente en la mente del agente creador.

De otro lado, la sustancia de las cosas está compuesta por materia y forma<sup>433</sup>. La materia es potencia respecto de la forma (que es acto), de manera que el cambio sustancial en este caso se produce cuando la materia pierde la forma actual por otra forma nueva y diferente. La potencia es imperfección, el acto es perfección<sup>434</sup>, pues la sustancia alcanzó su ente o ser al adoptar una forma actualizada. Consecuentemente, el cambio o devenir es el paso del ente o ser en potencia

<sup>428</sup> “Algo es posible o capaz cuando no resulta ningún imposible al realizarse en ello el acto cuya potencia o capacidad se dice que posee (...)” –ARISTÓTELES, *Metafísica*, Libro IX, Capítulo III- 1047a-25.

<sup>429</sup> Cuestión diferentes es que la capacidad puede ser activa o pasiva, racional o irracional, siendo todas susceptibles de cambio. “Puesto que lo potente o capaz es capaz de algo determinado (...) y puesto que algunos agentes son capaces de mover de acuerdo con la razón y sus potencias son racionales, mientras que otros carecen de razón y sus potencias son irracionales (...) en el caso de estas últimas potencias, cuando lo activo y lo pasivo se encuentran según su capacidad propia, necesariamente lo uno actúa y lo otro es actuado...” –*Ibid.* Libro IX, Capítulo V, 1048a.

<sup>430</sup> Todo ello según la traducción de la *Metafísica* realizada por Tomás Calvo Martínez, *óp. cit.*, págs. 238-239.

<sup>431</sup> *Ibid.*, págs. 311, 1017b-20.

<sup>432</sup> *Ibid.*, págs. 312-313, 1030b-33.

<sup>433</sup> Con mayor precisión, Aristóteles, dice que las cosas que son compuestas tienen como principios los elementos en que se componen, esto es, materia y forma, y se descomponen en esos mismos elementos, en tanto que las cosas que se conciben sin materia, sino tan solo de forma, no se descomponen o al menos no del mismo modo que las compuestas (*Metafísica*, Libro VII, Capítulo X, 1035-a).

<sup>434</sup> “La palabra acto, vinculada a la realización plena, se ha extendido también a otras cosas, fundamentalmente a partir de los movimientos. En efecto, parece que el acto es, fundamentalmente, el movimiento” –*Metafísica*, Libro IX, Capítulo III- 1047a-30 (*óp. cit.*, pág. 374). Por consiguiente, Aristóteles atribuye y aplica el término “acto” a operaciones inmanentes, a cualidades y a la forma esencial, que es concebida como “acto” respecto de la materia..

al ente o ser en acto, esto es, la actualización o realización de la potencialidad<sup>435</sup>. Por eso, asimismo, el ente en acto siempre es más que el ente en potencia y, a la vez, distinto<sup>436</sup>. “Acto es, pues, que la cosa exista, pero no como decimos que existe en potencia”<sup>437</sup>.

Asimismo, para Aristóteles el movimiento es una acción imperfecta, pues existe hasta que llegue la potencia a ser acto, a su fin, en tanto que la acción propiamente dicha o perfecta la asimila a “acto”, diciendo que en la acción perfecta “se da el fin y la acción”<sup>438</sup>, esto es, la consecución del ser o acto perfecto, la actualización de la potencia. “El acto es anterior a la potencia (...), tanto en cuanto a la noción (...) como en cuanto al tiempo, (...) y también desde la perspectiva del ser o entidad”<sup>439</sup>, aspecto éste de suma importancia para toda la teoría de la potencia y el acto, puesto que Aristóteles mantiene la prioridad del acto sobre la potencia desde todos los ángulos de estudio, pues “(...) todo lo que llega a ser, llega a ser algo, a partir de algo y por la acción de algo”<sup>440</sup>, algo que ya existe en forma de acto. “Además, la materia es en potencia en cuanto que puede alcanzar la forma específica, y una vez que está en acto, está ya en la forma específica. Y lo mismo en los demás casos, incluso en aquéllos cuyo fin es un movimiento (...)”<sup>441</sup>. Es decir, la forma específica es acto y la forma específica anterior de la cosa también era acto antes que la potencialidad y el movimiento<sup>442</sup> lo transformase en otro acto o forma específica. “La actuación es, en efecto, el fin, y el acto es la actuación, y por ello la palabra ‘acto’ se relaciona con ‘actuación’, y tiende a la plena realización”<sup>443</sup>. Mas el acto no sólo es anterior a la potencia y a todo principio de cambio, sino que, además, sentencia Aristóteles: “el acto de una potencia valiosa es mejor y más estimable que ella...”<sup>444</sup>.

La anterior teoría aristotélica nos aporta una base metafísica y argumentativa para reforzar nuestra tesis en torno al carácter creativo del trabajo del actor, y a tal fin diríamos que: el guión o libreto contienen al “personaje literario” como “ente en acto” y al “personaje audiovisual” como “ente en potencia”, susceptible éste de alcanzar el estadio de “ente acto” cuando el actor lo

---

<sup>435</sup> “De todas las potencias, unas son innatas, como los sentidos, otras se adquieren por hábito, como la de tocar la flauta, y otras se adquieren estudiando, como la propia de las artes” -*Metafísica*, Libro IX, Capítulo V, *ab initio* (óp. cit., pág. 377).

<sup>436</sup> De hecho, el título del Capítulo III del Libro IX de *Metafísica* se intitula, parcial y categóricamente, como “La potencia es real, y realmente distinta del acto”. Y en el Capítulo II de ese mismo Libro ya había dejado sentado que “la ciencia es conocimiento racional” (arte), y que “todas las artes, es decir, las ciencias productivas, son potencias (en cuanto racionales)”. “(...) el conocimiento racional ... reside en el alma -mente-, la cual tiene un principio del movimiento” (óp. cit. págs. 370-372).

<sup>437</sup> *Metafísica*, Libro IX, Capítulo VI, (1) 1048a-30-35 (óp. cit., pág. 379).

<sup>438</sup> *Metafísica*, Libro IX, Capítulo VI, (2) 1048b-20. (óp. cit., pág. 379).

<sup>439</sup> *Metafísica*, Libro IX, Capítulo VIII, *ab initio* y 1049b-0-25 (óp. cit., págs. 384-386).

<sup>440</sup> *Metafísica*, Libro IX, Capítulo VIII, 1049b-26-29. (óp. cit., pág. 386).

<sup>441</sup> *Metafísica*, Libro IX, Capítulo VIII, 1050a-15., óp. Cit., pág. 387.

<sup>442</sup> Téngase en cuenta que “movimiento” para Aristóteles “es la actualización de lo que está en potencia, en tanto que tal” (1065b-16-17), o dicho de otro modo, “es la realización de lo potencial en tanto que potencial” (1065b-33-34), todo ello según el Libro XI, Capítulo IX, de *Metafísica* -óp. cit., págs. 456-457.

<sup>443</sup> *Metafísica*, Libro IX, Capítulo VIII, 1050a-22-23 (óp. cit., pág. 388).

<sup>444</sup> *Metafísica*, Libro IX, Capítulo IX, *ab initio*, 1051a-5. (óp. cit., pág. 391).



construye y lo interpreta, esto es, cuando lo realiza o actúa, lo cambia y lo dota de una forma definitiva que es la que queda fijada en la obra audiovisual. El guionista o el escritor son autores indiscutibles del “personaje literario”, por más que en el argot de los escritores cinematográficos lo denominen impropriamente –o al menos confusamente- “personaje cinematográfico”, y por ello se hayan amparados por el Derecho de autor o propiedad intelectual. Como tampoco admite discusión que el actor es el creador (“autor”) del “personaje audiovisual”, dotado de una realidad, configuración y forma concreta; tal vez construido en parte bajo las pautas contenidas en una obra literaria preexistente (guión, libreto, novela o similar), más las indicaciones específicas del director-realizador de la obra audiovisual, pero en todo caso, actuado y definitivamente configurado por los nuevos elementos físicos e intelectivos que le aporta el actor para transformarse y externalizarse como un “ente o ser acto”, perfecto en cuanto culminado el tránsito de su potencialidad hasta su “acto” o actuación fijada en el soporte o sistema audiovisual, y distinto en todo caso al ente en potencia que era en la obra literaria preexistente.

Se trata en definitiva de dos entes diferenciados, de dos resultados creativos distintos, atribuibles a sujetos creadores diferentes y dotados de individualidad o entidad propia susceptible de ser amparados separadamente por el Derecho como bienes jurídicos dignos de protección por su propia realidad, en cuanto que resultados creativos de mentes y capacidades pertenecientes a sujetos también distintos. Dos entes, uno en potencia y otro en acto, que, no obstante, se hallan vinculados teleológicamente en la realización de otro “ente acto” -también diferenciado- como es la obra audiovisual.

La primera autoridad jurídica en acudir al pensamiento aristotélico para sentar las bases multidisciplinarias de la protección de las interpretaciones actorales fue ROGEL VIDE<sup>445</sup>, en un trabajo que marcó un punto de inflexión en la materia, pues, bajo el título “Interpretación y Autoría”<sup>446</sup>, establecía una serie de bases fácticas, filosóficas y jurídicas de indudable valor en el campo de la investigación actoral, cinematográfico y de la propiedad intelectual. Dicho trabajo, asimismo, se enmarca en una orientación revisionista del propio Derecho de autor en cuanto a titularidades originarias se refiere, fundamentalmente, con el propósito de retornar la materia al estado y principios que sirvieron para su reconocimiento, así como para solventar determinados vicios e injusticias generados a lo largo del tiempo sobre los cuerpos normativos de esta materia

---

<sup>445</sup> ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios Completos, óp. cit.*, págs. 415-425.

<sup>446</sup> Título que también adoptó un seminario de amplio espectro dirigido por el mismo autor y que se desarrolló los días 26 y 27 de agosto de 2003 en el Palacio de la Magdalena de Santander (España), en el marco de los cursos de verano de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo del curso 2003, y cuyo contenido fue publicado por la editorial Reus, S.A., bajo la coordinación de Carlos Rogel Vide y dentro de la Colección de Propiedad Intelectual, Madrid, 2004.

como consecuencia de la concurrencia de intereses varios mal conciliados, pero, sobre todo, por la preeminencia de unos sobre otros sin razón jurídica ni fáctica que lo pueda justificar.

La tesis que formula ROGEL VIDE<sup>447</sup> en relación con la teoría aristotélica-tomista de la “potencia” y el “acto” se concreta en las siguientes consideraciones: “En las obras literario-teatrales, como en los guiones cinematográficos, los personajes están en potencia, más o menos esbozados, pergeñados, a la espera de que alguien los encarne y les haga decir y sentir y hacer y sufrir. La diferencia es aristotélico-tomista<sup>448</sup>, entre potencia y acto, siendo merecedora de atención por capital, atención que le presto seguidamente, haciendo un discurso dentro del discurso (...): cabría decir que el personaje es mera potencia a la espera, en busca del actor que lo encarne, que le dé vida, que le dé el ser (...). En ocasiones, con todo, la potencia no se actúa y el personaje queda prisionero entre las letras que lo encierran, insinuándolo apenas, y no deviene acto”<sup>449</sup>.

### 3.1.3.3.- La dimensión creativa del actor según la dramaturgia y la dirección escénica.

MILLER dijo en su libro de memorias que “Al igual que casi todos los dramaturgos, soy un poco actor”<sup>450</sup>. Comencemos, pues, por recordar que dos grandes dramaturgos de todos los tiempos eran actores antes que escritores, siendo sus obras literarias reflejo de sus conocimientos y necesidades actorales, de ahí el nivel de representación que las mismas han obtenido, pues se trata de obras elaboradas con la vista puesta en su representación escénica, fundamentalmente.

---

<sup>447</sup> ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios Completos, óp. cit.*, págs. 416-417.

<sup>448</sup> ROGEL VIDE, en efecto, parte de la teoría aristotélica de la potencia y el acto en la interpretación que de la misma efectúa Santo Tomás de Aquino que, en esencia, es la misma que la contenida en la fuente originaria, sólo que planteada por Santo Tomás con la finalidad de demostrar la existencia de Dios y otras cuestiones teológicas en su obra cumbre, *Suma Teológica*, a cuyo fin precisa someter su pensamiento a determinados presupuestos metafísicos, lo cual le conduce directamente a la *Metafísica* de Aristóteles. De hecho, Santo Tomás, igual que Aristóteles, consideran que la metafísica es la ciencia del “ente en cuanto ente”, esto es, la ciencia de las primeras causas y principios del ser. Santo Tomás, como Aristóteles, asumirá, por tanto, las teorías de las cuatro causas, de la sustancia y la del acto y potencia. No obstante, para poder conciliar las teorías aristotélicas con los principios cristianos, Tomás de Aquino, que también bebió en la filosofía árabe, asume la distinción de Avicena sobre esencia y existencia, de manera que dota de una nueva estructura a su metafísica, a la que enriquece también con aportaciones de Platón sobre las teorías de la participación, la causalidad ejemplar y de los grados del ser.

<sup>449</sup> Una autoridad en la materia, como TOMÁS ALVIRA, en su trabajo sobre el *Significado metafísico del acto y la potencia en la filosofía del ser*, esto es, en la filosofía tomista, nos recuerda cómo TOMÁS DE AQUINO, partiendo de la teoría aristotélica, sin embargo, acudió a la platónica sobre la participación para explicar la supremacía del acto (ser) sobre la potencia, para decir que “toda realidad creada es finita justamente por ser participada”, de manera que en esta perspectiva metafísica –dice ALVIRA-, SANTO TOMÁS da un nuevo alcance al acto y la potencia tal como había quedado reflejado en el *corpus aristotelicum*. Por una parte, el acto entendido como perfección, pura afirmación del ser, no es simplemente la forma, sino también y de manera eminente el ser. Por otra, la participación, superando el ámbito de las perfecciones formales, alcanza igualmente a lo trascendental, o sea al ser. Y siendo el ser acto, y el acto perfección, la potencia en cuanto capacidad conlleva necesariamente imperfección. Obviamente, a donde quiere llegar SANTO TOMÁS es a la conclusión de que existe un acto puro, ser puro o perfección suprema que es Dios, y todo lo demás son criaturas, que son participadas por Dios y, por tanto, imperfectas, no son acto puro, sino acto con potencia, acto limitado. Así, en base a la teoría aristotélica de potencia y acto con incorporaciones de conceptos platónicos y otros de la filosofía árabe (Avicena), el pensamiento tomista articula la demostración de la existencia de Dios. ALVIRA, Tomás, *Significado metafísico, óp. cit.*, págs. 44-45.

<sup>450</sup> MILLER, Arthur, *Al correr de los años (Echoes Down the Corridor)*, traducido por Jordi Fibla, Ed. Tusquets, Barcelona, 2002.

Tales actores-dramaturgos no eran otros que SHAKESPEARE<sup>451</sup> y MOLIÈRE<sup>452</sup>. Y sólo unos actores disfrazados de dramaturgos, incluso por necesidad<sup>453</sup>, pudieron alumbrar obras tan geniales, tan vivas y tan atractivas para su representación escénica.

SHAKESPEARE en el monólogo de *Hamlet* nos demuestra el poder del arte histriónico, así como los buenos y breves consejos que el autor ofrece a los compañeros actores de su compañía, a los que instruía de continuo, y lo hace a través de su personaje: “*HAMLET*: (...) Ahora ya estoy solo. ¡Ah, qué innoble soy, qué mísero canalla! ¿No afea mi conducta el que este actor, en su fábula, fingiendo sentimiento, acomoda su alma a una imagen, al punto que su rostro palidezca, le broten lágrimas, el semblante se le mude, la voz se le entrecorte, y que aplique todo el cuerpo a la expresión de su imagen? Y todo por nada. (...)” (*Acto II, Escena ii*). “*HAMLET*: Te lo ruego, di el fragmento como te lo he recitado, con soltura de lengua. Mas, si voceas, como hacen tantos cómicos, me dará igual que mis versos los diga el pregonero. Y no cortes mucho el aire con la mano, así; hazlo todo con mesura, pues en un torrente, tempestad y, por así decir, torbellino de emoción has de adquirir la sobriedad que le pueda dar fluidez. (...) Amolda el gesto a la palabra y la palabra al gesto, cuidando sobre todo de no exceder la naturalidad, pues lo que se exagera se opone al fin de la actuación, cuyo objeto ha sido y sigue siendo poner un espejo ante la vida: mostrar la faz de la virtud, el semblante del vicio y la forma y carácter de toda época y momento. (...)” (*Acto III, Escena ii*)<sup>454</sup>.

En *La improvisación de Versailles*, MOLIÈRE, sabida la influencia que siempre ejerció sobre él la *Commedia Dell'Arte* italiana, intenta que el actor asuma el carácter de su personaje, invitándoles a que tomen la realidad para inspirar su actuación, de tal manera que su obra se convertirá en el reflejo de la manera de interpretar del siglo XVII, en la que se ampara para burlarse de la declamación enfática, vacía y pomposa de los actores del Hotel Bourgogne, y, ya

---

<sup>451</sup> SHAKESPEARE, Williams, (1564-1616) es conocido en todos los rincones del mundo por su faceta dramática y sus obras tal vez sean las más representadas de toda la historia teatral, de manera que su impresionante dimensión literaria ha difuminado, en buena lógica, su faceta actuarial, con la que comenzó a ganarse la vida y cuya actividad prosiguió aun siendo ya un reconocido dramaturgo, interpretando obras propias y también ajenas como las de Ben Jonson. Fue accionista de la compañía teatral Lord Chamberlain's Men en 1594, más tarde King's Men, que actuaba en el Globo (teatro al aire libre), en el teatro Blackfriars y en la Corte, aunque también hacía giras por toda Inglaterra.

<sup>452</sup> MOLIÈRE, (Jean-Baptiste Poquelin; París 1622-1673), pues “Molière” era su seudónimo, murió prácticamente en el escenario interpretando una de sus últimas obras dramáticas: *El enfermo imaginario*. Lo cual dice todo de su faceta actuarial, que era la principal, si bien, al igual que con los otros grandes dramaturgos es más connotado por su obra literaria que por su actividad actuarial o humorística, que nunca abandonó hasta el último aliento. Molière, asimismo, fue licenciado en Derecho por la Universidad de Orleans. Se dice que el día que murió estaba representando vestido de color amarillo, lo que se ha convertido en color “gafé” para la inmensa mayoría de actores teatrales. Su gran aportación teatral fue, junto con sus obras críticas con la clase influyente y pudiente de la época, adaptar la *Commedia Dell'Arte* italiana a las formas convencionales del teatro francés, a cuyo fin utilizó e integró música, danza y texto, destacando los recursos cómicos para orientar su obra y su teatro hacia la ironía y la crítica social. Se le considera el padre de la *Comédie Française*.

<sup>453</sup> Decimos que se dedicaron a la escritura de obras dramáticas, al menos Shakespeare y Molière, porque carecían de recursos económicos para adquirir los derechos para representar obras ajenas, que también lo hicieron.

<sup>454</sup> SHAKESPEARE, William, *Hamlet*, Traducido por Ángel Luis Pujante, Ed. Espasa Calpe (Colección Austral nº. 350), Madrid, 1994, págs. 116, 119, 120, 121, 129 y 130.

de paso, para detonar toda la ironía burlesca contra la hipocresía de las clases pudientes de aquella Francia: “ (...) Es cierto; y por eso precisamente demostraréis mejor aún que sois una gran actriz al representar un personaje tan opuesto a vuestra manera de ser. Procurad, pues, todos, asimilar bien el carácter de vuestros papeles, e imaginaros que sois lo que representáis. (...) Os indico todos vuestros caracteres para que los grabéis con fuerza en la mente”<sup>455</sup>. Posteriormente, MOLIERE, se explaya sobre caracteres concretos que han de destacarse en la representación de ciertos personajes como el del “Marqués”, con su arrogancia y su forma de hablar para separarse del vulgo, etc.

En *Lo fingido verdadero*, el propio LOPE DE VEGA<sup>456</sup> pone en boca del personaje Ginés una explicación al Emperador Diocleciano acerca de cómo un actor (representante) para poder interpretar las pasiones y efectos amorosos ha de haber experimentado tales sentimientos: “El imitar es ser representante; pero como el poeta no es posible que escriba con afecto y con blandura sentimientos de amor, si no le tiene, (...) así el representante, si no siente las pasiones del amor, es imposible que pueda (...) representarlas”.

Antes que esos tres dramaturgos de alcance universal y de obra dramática prolija, CERVANTES<sup>457</sup>, que también bebió de las fuentes de las representaciones teatrales<sup>458</sup>, ya había escrito obras con personajes muy vivos, sembrados en sus caracteres y suficientes para transmitir por sí mismos o para ser representados. En su prólogo de *Comedias y Entremeses* rinde un sentido tributo a un actor, al que admira y respeta, Lope de Rueda Nabarro, natural de Toledo, el cual fue famoso en hacer la figura de un rufián cobarde, de negra, de bobo, de vizcaíno, etc., y lo hacía a los ojos de Cervantes “con la mayor excelencia y propiedad que pudiera imaginarse”, destacando incluso los escasos medios de caracterización que disponía<sup>459</sup>. Y en su comedia *Pedro de Urdemalas* describe a un personaje pícaro y aventurero, a través del cual introduce el teatro dentro del teatro para hablar del trabajo de los representantes (actores) y pone en boca de su personaje las cualidades que un buen actor ha de tener, expresadas en redondillas: “(...) sé todos los requisitos que un farsante ha de tener para serlo, que han de ser tan raros como

---

<sup>455</sup> MOLIERE, *Obras completas*, traducidas por Julio Gómez de la Serna, Ed. Aguilar, Madrid, 1987, págs. 367-368.

<sup>456</sup> LOPE DE VEGA Y CARPIO, Félix, *Lo fingido verdadero*, Ed. Atlas, Madrid, 1969, pág. 77.

<sup>457</sup> MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA, (Alcalá de Henares 1547; Madrid 1616), soldado, novelista, poeta y dramaturgo, no necesita mucha presentación al tratarse de un autor de dimensiones universales, sobre todo y como consecuencia de su obra cumbre, probablemente la más leída y editada de toda la historia de la literatura universal: *Don Quijote de la Mancha*. Contemporáneo de Lope de Vega, y enemigo al fin, sin embargo, definió a aquél como una bestia o “Monstruo de la Naturaleza” por sus más de 1500 obras dramáticas, al tiempo que sus contemporáneos calificaron a Cervantes con el sobrenombre de “Príncipe de los Ingenios”.

<sup>458</sup> Sobre todo de las que escenificaron con gran éxito en varios puntos de España la compañía de Lope de Rueda, amigo del autor y de su familia, a quien elogia por encima de cualquier otro actor de la época y le considera que representa personajes diversos “con la mayor excelencia y propiedad que pudiera imaginarse”. CERVANTES SAAVEDRA, Miguel, *Comedias y Entremeses*, *óp. cit.* págs. 6 y 7.

<sup>459</sup> *Ibid.*, págs. 6-7.

infinitos. De gran memoria, primero; segundo, de suelta lengua, y que no padezca mengua de galas es lo tercero. Buen talle no le perdono, si es que ha de hacer los galanes, no afectado en ademanes, ni ha recitar con tono. Con descuido cuidadoso, grave anciano, joven presto, enamorado compuesto, con rabia si está celoso. (...) A los versos ha de dar valor con su lengua experta, y a la fábula que es muerta ha de hacer resucitar. Ha de sacar con espanto las lágrimas de la risa y hacer que vuelvan con prisa otra vez al triste llanto. (...)”<sup>460</sup>.

Mucho más tarde y a decir de una autoridad como MEYERHOLD<sup>461</sup>, que define, o mejor describe, la esencia de la representación teatral desde la perspectiva del actor y del director de escena en los siguientes términos: “no existe un director auténtico capaz de situar su arte por encima del trabajo creativo del actor. El actor es en el teatro el elemento principal; y el arte de la puesta en escena, la composición de las interpretaciones o la alternativa de la luz y de la música están al servicio únicamente de los actores notables”.

El actor informa a través de su “física” (entendida ésta como las características esenciales que conforman la imagen o presencia física de una persona o de un personaje), dice DENNIS, quien también afirma que “Las luces se encienden, el actor toma el espacio y el público lo percibe; aquí empieza el teatro. Se ha creado un momento dramático y la respuesta del público es inminente. La comunicación ha comenzado. Se puede concebir un teatro sin palabra, sin escenografía o sin música. Pero, como Decroux estaba orgulloso de recordar, no puede haber teatro sin actor. De hecho, es precisamente la presencia del actor lo que define el teatro”<sup>462</sup>.

STANISLAVSKI se preguntaba retóricamente si “¿Acaso provee el dramaturgo de todo lo que el actor necesita saber de la obra? (...) El dramaturgo es escueto en comentarios. En su texto todo lo que se puede encontrar será: ‘Los mismos y Pedro’, o ‘sale Pedro’, ‘se levanta’, ‘se pasea emocionado’, ‘ríe’, ‘muere’. Se nos dan características lacónicas del personaje, tal como: ‘Un hombre joven de aspecto agradable. Fuma mucho’. ¿Hay en esto base suficiente para crear, íntegra, la imagen del personaje, sus modales, sus hábitos, su manera de andar? ¿Y qué podemos decir del texto? ¿Y las indicaciones del director? (...). No. Todo esto debe ser complementado y profundizado por el actor. En este trabajo nuestro colaborador más directo es la imaginación, con el mágico ‘si’ y las ‘circunstancias dadas’. Ella no sólo nos dice lo que callan el autor, el director y los demás, sino que además vivifica el trabajo de cuantos intervienen en el espectáculo, y cuya creación llega al público, ante todo, a través del éxito de los actores. (...). Los artistas estamos

---

<sup>460</sup> CERVANTES SAAVEDRA, Miguel, *Pedro de Urdemales*, Ed. Cátedra, Madrid, 1986, págs. 380-381.

<sup>461</sup> *Ibid.*, pág. 47.

<sup>462</sup> DENNIS, Anne, *El cuerpo elocuente*, *óp. cit.*, pág. 22.

tan habituados en la escena a adornar los hechos con detalles que sacamos de nuestra propia imaginación, que trasladamos estos hábitos a nuestra vida cotidiana. En ella son superficiales, pero en el teatro resultan imprescindibles. ¿Creen que es fácil inventar algo y que lo escuchen conteniendo el aliento? Esto también es creación; también aquí interviene el ‘sí’, las ‘circunstancias dadas’ y una rica imaginación”<sup>463</sup>.

Otro grande del teatro y de la interpretación como STRASBERG, alma mater del *Actors Studio* de NY y discípulo del “método de Stanislavski”, sienta categóricamente que el actor “es el elemento característico del arte teatral. Todo el teatro comienza por la actuación. Por muy brillantes que sean las ideas del autor, o lo deslumbrante de su ingenio y lenguaje, éstas cuentan muy poco en el teatro, si no pueden ser expresadas a través del actor”<sup>464</sup>. Y lo que es más, añade el autor, un buen teatro no se consigue eligiendo meramente entre una actuación buena o mala, pues hay muchas formas y métodos de actuación, de escribir obras y de formación de actores. Strasberg admira “la obra que utiliza un conocimiento completo de lo que el actor puede aportar. Admira a Chéjov y a Shakespeare porque ellos sabían, mejor que cualquier otro autor dramático, que la realidad trasciende el mero argumento y las propias palabras por mucha pericia que tengan. Chéjov y Shakespeare despliegan “la facultad dramática”, que Strasberg define como la habilidad de superar un entendimiento literal, superficial y convencional”<sup>465</sup>.

También en el ámbito escénico MEYERHOLD se plantea la disyuntiva entre creador y ejecutor para aseverar que “no debemos dividir a los artistas en creadores (poetas, escultores, pintores, compositores...) y ejecutores (músicos, actores, cantantes, escenógrafos...). Si bien es cierto que los unos dejan tras sí un arte duradero, los otros deben recrear cada día ese arte si quieren hacerlo accesible al público; pero en ambos casos estamos seguros que ante todo el artista es un creador. Y es porque el actor sobre la escena es como el escultor frente a un pedazo de arcilla: debe reproducir en forma sensible los impulsos y las emociones de su propia alma. El material del pianista está representado por los sonidos de su instrumento, el del cantante por su voz, pero el material del actor está representado por su cuerpo, su habla, su mímica y sus gestos; de tal manera que la obra interpretada por el actor representa la suma de todo un hecho creativo”<sup>466</sup>. Y si ello es así en la actuación teatral, con mayor razón lo será en la audiovisual, en la cual el problema de la fugacidad de la creación que supone la interpretación en vivo queda solventada al quedar fijada la actuación en un soporte o sistema.

---

<sup>463</sup> STANISLAVSKI, Konstantín, *El trabajo del actor sobre sí mismo en el proceso creador de la vivencia*, *óp. cit.*, pág. 75-76.

<sup>464</sup> STRASBERG, Lee, en *El Método del Actors Studio*, obra de Robert H. Hethmon, *Conversaciones con Lee Strasberg*, Ed. Fundamentos, Madrid, 2011, pág. 37.

<sup>465</sup> HETHMON, Robert H., *óp. cit.*, pág. 38.

<sup>466</sup> *Óp. cit.*, pág. 119.

De otro lado, continúa MEYERHOLD, “la libertad -‘creativa’- del actor no queda obstaculizada por el hecho mismo de que reciba ya preparada por el escritor la forma de su creación. Los pintores crean libremente, representando los grandes momentos de la historia aunque, también en este caso, la forma les provenga del exterior. La tarea del director teatral es la de proporcionar todos los datos a fin de que la creación del actor se manifieste del modo más libre y sea completamente percibida por los espectadores. Ayudar al actor a abrir su alma frente a los espectadores es la única finalidad del director teatral”<sup>467</sup>.

El propio DIDEROT<sup>468</sup>, en *La Paradoja del Comediante*, se pregunta “cómo puede un papel ser representado de la misma manera por dos actores distintos, ya que en el escritor más claro, más preciso, más enérgico, las palabras no son, ni pueden ser, otra cosa que signos aproximados de un pensamiento, un sentimiento, una idea; signos cuyo valor completan el movimiento, el gesto, la entonación, el rostro, los ojos, las circunstancias”. Efectivamente, la interpretación de un mismo papel por parte de dos actores da lugar a dos personajes distintos; un mismo papel no puede ser interpretado de la misma manera por distintos actores, por mucho empeño que ponga el director o por muy preciso que sea el guión.

WRIGHT expresa ese mismo principio en otros términos: “Cada artista incluirá en su trabajo alguna faceta de su propio pensamiento, sentimiento e historia particular; porque el árbol que pinta un artista no pertenece a la naturaleza, sino a él. Los personajes que crea un dramaturgo no son personajes de la vida real: pertenecen al escritor. Santa Juana, la reina Isabel, Lincoln, María Estuardo han aparecido innumerables veces en la literatura. Cada creación los ha hecho diferentes, aunque se haya aprovechado el mismo modelo, porque cada una es la suma total de las impresiones del artista, de su técnica y de su imaginación. En el arte de la interpretación, veinte Hamlets serán veinte gentes diferentes, aunque todos declamen los mismos versos; porque cada actor debe crear al personaje a través de sus propias experiencias y de su personalidad. Cada artista selecciona y subraya lo que desea que nosotros, el público, veamos, puesto que observamos la vida a través de sus ojos. El dramaturgo relata la historia dentro de su propio entramado, en el que los personajes, el diálogo y el tema se deforman para mostrar la vida tal como él la ve. El actor crea su papel según sus cualidades físicas, vocales, emocionales e intelectuales. Los diferentes técnicos hacen lo necesario para sostener un ambiente, para proyectar el argumento, para realzar la producción, mientras que el director, como creador,

---

<sup>467</sup> *Óp. cit.*, pág. 119.

<sup>468</sup> *Óp. cit.*, págs. 15 y 16.

intérprete y coordinador, traduce estos elementos en un todo único y homogéneo. Todos trabajan con un mismo objetivo: compartir una experiencia emocional al representar una imagen de la vida a través de su propia personalidad y con la esperanza de otorgar al público una experiencia memorable. En el arte, nosotros, que constituimos el público, tenemos la oportunidad de obtener experiencias nuevas y variadas, de salir por un momento de los estrechos límites de la realidad y penetrar en el mundo habitado por los grandes artistas del universo, tanto en el presente como en el pasado. Por un instante observamos la vida a través de sus ojos y de su personalidad”<sup>469</sup>.

PISCATOR, después de dirigirse al actor para recordarle que ha de concentrar toda su atención en sí mismo y en el público, al que ha de convencer no sólo de su presencia sino también de su existencia –la de su personaje-, concluye que “en esta unidad de razón y emoción –de espiritualidad y afecto y sensación- el actor descubrirá su genio creativo para la escena: el arte de interpretar. A través de la unión de la interpretación objetiva –razón- con la acción subjetiva, no será meramente un objeto en manos del dramaturgo, sino un creador”<sup>470</sup>.

Para una autoridad en esta lides como es HORMIGÓN “El personaje escénico es una entidad de ficción que se hace presente en el espacio y tiempo de una representación teatral y que se extingue con ella. Su existencia es fruto de la conjunción de unos materiales previos de carácter literario y de la participación activa de un actor en el marco concreto y específico de un proyecto de escenificación. (...) Los materiales literarios preexistentes de los que el actor dispone, son un conjunto de réplicas dialógicas y una serie de indicaciones, breves casi siempre, contenidas en las didascalias. No es mucho ciertamente pero suele ser de gran entidad motivadora. Las primeras aseguran el segmento verbal del personaje. Las segundas proporcionan en ocasiones datos respecto a sus características físicas, su indumentaria, su ritmo quinésico, su gestualidad, sus distancias respecto a otros, etc. No siempre sin embargo es así. Hay casos en que poseemos numerosas referencias y otros en los que apenas existe ninguna”<sup>471</sup>. Y añade, también con carácter conclusivo, que el actor presta al personaje “su cuerpo, su voz, sus modulaciones, su timbre, su prosodia, su capacidad proyectiva, sus matices paralingüísticos, su ubicación en el espacio, el ritmo y tipología de sus desplazamientos, su escorzo y distancia respecto a los otros, etc. (...) el actor aporta al personaje su propia concepción del mundo y de la existencia, sus posiciones cívico-políticas, el espesor cultural entrañado de que disponga, los objetivos vitales

---

<sup>469</sup> *Óp. cit.*, págs. 21-24.

<sup>470</sup> PISCATOR, Erwin, *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. II (1863-1914), coord. por Jorge Saura, Ed. Fundamentos, Madrid, 2007, págs.152-158. Cita específica que trae causa de Erwin Piscator, “Interpretación objetiva”, recogido de Toby Cole y Helen Krich, *Actor son Acting*, NY, Crown Trade Paperbacks, 1970, págs. 301-309, según la traducción de Rebeca Sanmartín.

<sup>471</sup> HORMIGÓN, Juan Antonio, *Del personaje literario-dramático al personaje escénico*, Ed. ADE, Serie “Teoría y Práctica del Teatro” núm. 29, Madrid, 2008, pág. 24.



que se plantee, su postura respecto de la práctica artística y el sentido del arte, etc. Todos ellos actúan como elementos que confluyen con los anteriores en la concreción del personaje que se construye y determina en la representación”<sup>472</sup>.

JORGE SAURA, por su parte, advierte una constante en toda la historia del teatro para decir que: “de cuantos intervienen en la génesis de un espectáculo -‘teatral’-, posiblemente sea el actor el único del que no podemos prescindir. En efecto, es posible ver espectáculos teatrales sin escenografía, sin dirección escénica, e incluso sin texto, pero lo que no puede verse en ningún sitio, y creo que ni siquiera se concibe imaginariamente, es una obra de teatro sin actores. Eso es así porque el actor es uno de los dos elementos básicos de los que no se puede prescindir para poder hablar de espectáculo teatral; el otro es el espectador, (...)”<sup>473</sup>.

## **3.2.- El personaje.**

### **3.2.1.- Concepto y configuración técnica.**

El elemento más sustantivo y determinante del trabajo de un actor se orienta hacia la construcción del personaje que va a actuar, partiendo de las descripciones y caracteres con que se fija el mismo en la obra literaria (dramática, novela, libreto o guión) preexistente. De manera que, siendo de la mayor trascendencia para apoyar la tesis fundamentadora de su trabajo creativo y de su protección por el Derecho de autor, se hace imprescindible indagar el concepto y la configuración del personaje.

A su vez, siendo el teatro la manifestación cultural más relevante de la mayor parte de la historia de la Humanidad, se hace oportuno, asimismo, indagar el origen, contenido y sentido del personaje en su perspectiva histórica para luego poder extrapolar lo necesario al ámbito de la actuación audiovisual, propia ya del siglo XX, del presente y del futuro.

Etimológicamente, y como no podía ser de otra manera, el término “personaje” procede de la palabra griega “persona”<sup>474</sup>, que significaba máscara de actor o personaje teatral, si bien se distinguía claramente entre el ente persona física o real y el ente persona o personaje ficticio. El personaje, descrito en las obras literarias, suele ser un estereotipo de persona vinculado a la

---

<sup>472</sup> *Ibid.*, pág. 25.

<sup>473</sup> SAURA GARCÍA, Jorge, *Actores y Actuación*, Ed. Fundamentos, Volumen I, Introducción, Madrid, 2006, pág. 9.

<sup>474</sup> De hecho, aún hoy se denomina también “personaje” a la persona natural que ha adquirido relevancia social, distinguidas, etc., esto es, personas que por sus conocimientos, actividad profesional, cualidades, actitudes y demás cualidades que se estiman destacables en el ámbito social, profesional, etc. Últimamente también es sinónimo de celebridad o personalidad pública.

trama o historia de dicha obra, descrito a base de lenguaje literario mediante caracteres e imágenes ficticias, por lo que el personaje es una construcción mental de lenguaje e imágenes. El personaje dramático-literario o el literario-cinematográfico precisan de acción para convertirse en personaje vivo y concreto, aun sin dejar de ser ficticio. El personaje suele representar a personas, pero también cabe que represente entes sobrenaturales (dioses), naturales, animales o cosas inanimadas (como acontece, precisamente, en el cómic, en el género de “ficción” o en la animación audiovisual).

En España, el término “personage”, con “g” –pues así se escribía en la época-, se define por primera vez en nuestro país en el Diccionario de la Lengua Castellana de la Academia Española de 1737 y lo hace como la “persona oculta con algún disfraz, o la figura dispuesta para alguna representación”. Tal diccionario también contemplaba, entre varias, una acepción del término “persona” aplicado a la comedia que le acercaba mucho a la propia definición de actor teatral, al decir que en las comedias “vale lo mismo que interlocutor, porque representan fingidos los sugetos –también con “g”- de la fábula o historia”. Por tanto y como asevera JUAN ANTONIO HORMIGÓN, “en ambos casos las alusiones a disfraz, representación, comedias, interlocutor, fingidos, nos orientan hacia su definición como construcción ficcional en las comedias y en las representaciones escénicas”<sup>475</sup>.

Tales parámetros conceptuales y configuradores se mantienen en sucesivas ediciones del Diccionario de la Lengua, hasta que en la de 1832 se comenzara a escribir ya con “j”, y en la de 1914 se introdujera un nuevo enfoque al definir al personaje como “Cada uno de los seres humanos, sobrenaturales o simbólicos ideados por el escritor, y que, como dotados de vida propia, toman parte en la acción de una obra literaria”. Con todo, tendremos que esperar hasta la edición de 1989 para encontrarnos una definición más moderna y coherente con los nuevos medios y formas interpretativas, añadiendo a la anterior definición la obra cinematográfica y la animada –audiovisual. Ya en la edición de 2001 se recoge un concepto más completo del personaje, pero muy similar a sus dos ediciones precedentes de 1989 y 1992, a saber: “Cada uno de los seres humanos, sobrenaturales o simbólicos, etc., que intervienen en una obra literaria, teatral o cinematográfica”. En la más reciente edición de 2014 (23ª edición) personaje (2) es definido como “Cada uno de los seres reales o imaginarios que figuran en una obra literaria, teatral o cinematográfica”.

---

<sup>475</sup> HORMIGÓN, Juan Antonio, *Del personaje literario-dramático al personaje escénico*, *óp. cit.*, pág. 11.

En fin, “Todo fantasma, toda criatura artística, ha de poseer, para existir, un drama propio, es decir, un drama del que él sea el personaje y gracias al cual él es personaje. El drama es la razón de ser del personaje, es una función vital para su existencia”<sup>476</sup>, a decir de LUIGI PIRANDELLO en el Prólogo de su obra memorable *Seis personajes en busca de autor*.

Llegados a este punto, hemos de acudir de nuevo a *La Poética* de Aristóteles, pues, tras poner de manifiesto en el Capítulo I las similitudes y diferencias entre las distintas “poéticas” o artes, afronta un Capítulo II para desarrollar los diferentes objetos que imitan cada una de ellas y dice que el objeto de imitación son acciones (personas que actúan), efectuadas por agentes que son buenos o malos, tal cual es el carácter de la humanidad (divida ésta entre el vicio y la virtud), de manera que unos imitan a personajes mejores que la media de las personas naturales, otros a peores y otros a similares<sup>477</sup>. Antes, en el Capítulo I, *in fine*, ya había dejado dicho que hay artes poéticas que hacen uso de varios medios de imitación, ya sea juntos o por separado, como es el ritmo, la melodía, el canto, las palabras y el metro –verso-, y entre esas artes sitúa a la tragedia y la comedia.

MOLIÈRE, que, como hemos advertido, era actor antes que escritor, en su obra *Sganarelle* (o *El cornudo imaginario*) crea un personaje que lleva el nombre de la obra y que siempre representaba él mismo. Se trataba de un personaje y de una obra basada en la farsa de enredo de sospechas, que aglutinaban los caracteres que a Molière le permitían transmitir las ideas, casi siempre críticas e irónicas, sobre la sociedad de su tiempo. Lo singular y destacable, a los efectos que aquí interesan, se concreta en que “Sganarelle”, como personaje, amén de ser un resultado ecléctico de varios personajes populares, era la “máscara” de la *Commedia Dell’Arte* que utilizaba Molière, pues los italianos hacían las máscaras a la medida de los actores que las representaban, de manera que el autor del personaje literario lo crea para representarlo y para que lo represente. Tan es así que ese personaje, con variantes tragicómicas, aparecerá en seis obras dramáticas del mismo autor-actor, cambiando de profesión y de otros caracteres, de tal suerte que el autor lo utilizó, en parte, para transmitir como actor lo que no podía hacer impunemente como ciudadano. Y en ese sentido también el personaje era la máscara del autor y del actor, de Molière en definitiva.

---

<sup>476</sup> PIRANDELLO, Luigi, *Seis personajes en busca de autor*, traducido por Miguel Ángel Cuevas, 10ª ed., Ed. Cátedra (Romano Luperini), Madrid, 2011, pág. 91.

<sup>477</sup> “Mas, ya que los que imitan, imitan a personas que actúan, y forzosamente éstos son gente honrada o vil (...), o bien imitan a personas mejores, peores o semejantes a nosotros (...)” -ARISTÓTELES, en *Poética*, *óp. cit.*, pág. 37.

Y, en efecto, tanto en las obras dramáticas como en las audiovisuales hay una amplia tipología de personajes, de los que el escritor parte para idear el suyo propio, al que configura con caracteres y circunstancias singulares y apropiadas para la trama de que se trate.

Ahora bien, la cuestión principal que aquí se suscita es la nítida distinción entre el personaje literario descrito por autor-escritor y el personaje escénico que actúa el actor. Y lo mismo cabe plantearse entre el personaje literario que describe un guión cinematográfico o de ficción televisiva y el personaje audiovisual que finalmente encarna el actor. Esto último lo abordaremos en el siguiente epígrafe, pero todo cuanto se diga respecto del personaje escénico, podrá ser extrapolado al audiovisual. Porque la correlación de conceptos y elementos obra dramática-personaje literario y obra escénica-personaje escénico, guarda absoluto paralelismo con la correlación guión-personaje literario y obra audiovisual-personaje audiovisual.

En el ámbito teatral la cuestión ha sido planteada y resulta desde antiguo por las principales autoridades de la dramaturgia, la dirección de escena, la crítica y los teóricos. Además de cuanto ya se ha dicho y se ha apoyado en lo más granado de ese ámbito doctrinal, es prácticamente unánime y universal la consideración de que la obra dramática constituye una entidad creativa en sí misma y dentro de ella los personajes descritos -a través de los cuales se desarrolla la trama, el argumento y el principal contenido narrativo de la obra- son personajes literarios expuestos a la imaginación del lector, y otra entidad diferente es cuando esa obra, con una serie de elementos añadidos, se escenifica o representa ante un público, en cuyo caso constituye una obra teatral, distinta a la literaria en la que se basa y distinta en cada montaje, porque los elementos varían o, siendo los mismos, no se pueden comportar de idéntica forma cada día. De igual modo que el personaje literario es uno y en potencia un personaje escénico, pero el personaje escénico quien lo crea es el actor, con las bases del literario, pero incorporándole múltiples elementos intelectivos y físicos propios, de manera que así configurado ese nuevo personaje es actuado ante el público por el actor, convirtiendo en acto, en perfección, en un ente nuevo y acabado.

Y, en efecto, HORMIGÓN concluye al respecto que “el personaje dramático es sólo una entidad virtual en la mente del lector que no alcanza su existencia y expresión material sino en una representación concreta. Es una posibilidad, una propuesta, un abstracto evocativo cuya emergencia a la realidad escénica precisa de un actor que habite el espacio físico y conceptual de la puesta en escena”<sup>478</sup>. En definitiva, para esta autoridad de la dramaturgia y de la puesta en escena, “el personaje escénico es la resultante de un material literario preexistente y en mayor

---

<sup>478</sup> HORMIGÓN, Juan Antonio, *Del personaje literario-dramático al personaje escénico*, *óp. cit.*, pág. 14.

medida de la contribución que el actor le proporciona”<sup>479</sup>. Todo lo cual encaja sin esfuerzo con la teoría aristotélica-tomista de la “potencia” y el “acto” para explicar la diferencia entre ambos entes, entre el personaje literario-dramático y el escénico en este caso. Teoría de cuyo hilo seguiremos tirando por la claridad y contundencia de la explicación y la solución que ofrece para nuestro paradigma.

### **3.2.2.- El guión y el personaje.**

En el ámbito cinematográfico y televisivo moderno, el guión es una guía de rodaje compresiva de aspectos literarios y narrativos (historia, diálogos o parlamentos) y de aspectos técnicos (tipo de planos, acotaciones, secuencias, iluminación, decorado, etc.). El guión comúnmente puede constituir en sí mismo una obra literaria original y en algunas ocasiones es una adaptación de una obra literaria preexistente.

El guión, en la parte que aquí interesa, contiene la descripción de los personajes literario-cinematográficos y literario-televisivos. Igual que para construir un edificio es necesario elaborar previamente un proyecto arquitectónico, para elaborar una obra audiovisual o cinematográfica es necesario un guión previo. Sin guión puede haber obra audiovisual a base de improvisación, pero ni es común que así sea ni aconsejable, más allá de proyectos experimentales. Producir una obra audiovisual es empresa compleja y requiere de la participación de muchas personas especializadas en una multitud de disciplinas. Por algo nuestra ley (art. 7 TRLPI) configura a la obra audiovisual como una obra en colaboración, dentro de la cual el guión es un elemento fundamental y por ello podríamos aseverar que sin guión es difícil desarrollar un proyecto audiovisual de tales características. Sin un buen guión es difícil, asimismo, que pueda nacer una buena obra audiovisual.

Desde la perspectiva del guionista, él es quien crea el personaje, pero, en todo caso, será un personaje literario. Así lo expresan con fortuna dispar números teóricos del guión y de las técnicas narrativas audiovisuales. Se ha llegado a generar un verdadero argot terminológico, descriptivo y acaparador de la técnica creativa del guión. Que el personaje literario lo crea y lo describe el guión o la novela o la obra dramática, nunca se ha cuestionado. Mas siendo eso así, no es menos rotundo que entre dicho personaje teórico e imaginario y el personaje real, audiovisual o actuado media un largo trecho que conviene tener presente para poner de manifiesto, al menos, cuanto sigue:

---

<sup>479</sup> *Ibid.*, pág. 26.

1º. Que, si el guión es un proyecto inicial, el mismo en su diferentes vertientes suele sufrir cambios como consecuencia de las decisiones del director-realizador, de los propios técnicos, del director de fotografía y de los propios actores, entre otros. Si el guión se lleva a la práctica de manera rígida y estricta, el resto de contribuyentes de la obra audiovisual quedarían mermados y cercenados en sus capacidades creativas, precisamente.

2º.- La impronta personal que protege el Derecho de autor trae como primera consecuencia que un mismo guión ejecutado por diferentes directores-realizadores y directores de fotografía daría resultados muy diferentes y hablaríamos de obras también diversas. Lo mismo acontece respecto de un personaje literario descrito en un guión e interpretado por diferentes actores.

3º.- En realidad, el guión es siempre objeto de interpretación<sup>480</sup>, ya en su conjunto por el director-realizador y el director de fotografía, cuando menos, y en las partes de diálogos o parlamentos por los actores. De tal suerte que no es una obra definitiva, sino literaria previa o preexistente (en potencia), que sirve de guía para construir otra obra diferente y definitiva (en acto) que es la obra audiovisual.

4º.- Como tienen dicho la mayor parte de los guionistas, el guión se piensa y se desarrolla en imágenes. El guionista o escritor cinematográfico o audiovisual imagina la película en imágenes, e incluso escribe los parlamentos pensando en un determinado actor o actriz, imaginando también su recursos interpretativos pronunciando tales palabras o situaciones.

5º.- El guión, como cualquier obra dramática, contiene la descripción de varios estereotipos de personajes<sup>481</sup> individualizados para la historia que pretende desarrollar. Partiendo de una serie de perfiles, parte de la originalidad de un guión, como en una obra literaria dramática o novelada, es la singularidad de los personajes que describe y en cuya boca pone palabras y mensajes coherentes con la trama y con los propósitos que pretende transmitir al lector, que en este caso,

---

<sup>480</sup> Sin perjuicio de que el guión, igual que cualquier obra literaria, no hace sino imitar la realidad o hechos que en ella tienen lugar o pueden tener lugar (ficción). Imitar en el sentido aristotélico-platónico del término. Aristóteles no admite duda al respecto en su *Poética*, y Platón, hasta la condena definitiva de toda clase de imitación en su *República*, por su posible influencia negativa en su Estado ideal, abordó en numerosas ocasiones la proyección filosófica de la imitación y las artes escénicas. Platón en *Ion* pone en boca de Sócrates (su maestro) la admiración de los rapsodas y los actores, entre otras razones, por ser capaces de descifrar las palabras y el pensamiento de los poetas, especialmente de Homero, si bien ello lo achaca a la inspiración divina más que a una técnica y reconoce que todas las artes son imitación, especialmente la poética que imita hechos, acciones, historia, etc., de tal suerte que el actor o rapsoda es un intérprete de otro intérprete (el escritor del texto que interpreta). *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre interpretación, coordinados por Jorge Saura, Ed. Fundamentos, Madrid, 2006, págs. 13-19.

<sup>481</sup> GUBERN GARRICA-NOGUÉS, por ejemplo, establece 14 familias mitogénicas de personajes y elabora una lista de personajes “tipo” que se repiten, con matices, a lo largo de la historia -GUBERN GARRICA-NOGUÉS, Román, *Máscaras de la ficción*, Ed. Anagrama, Barcelona, 2002.

al tratarse de espectadores son los actores los que deben trasladar tales mensajes, emociones y sentimientos, sin que suela mediar un narrador dentro de la obra audiovisual definitiva, de tal suerte que las imágenes, incluidas las derivadas de la actuación actoral, junto con las palabras que los actores utilicen, serán los vehículos expresivos que el espectador tendrá a disposición de sus sentidos.

6º.- Entre otros muchos, LINDA SEGER<sup>482</sup>, en su libro *Cómo crear personajes inolvidables*, aborda, desde la perspectiva del guionista, los elementos psicológicos que han de reunir los personajes en determinados géneros cinematográficos para alcanzar el grado de verosimilitud necesario. Y en ese sentido, SEGER propone cinco descripciones iniciales para la creación de personajes, a saber: 1) la primera cuestión para describir un personaje es ahondar en las *características* que el guionista ha observado en gentes que conoce o que ha visto, así como en la experiencia propia, en el sentido de que el guionista puede incorporar al personaje características o cualidades suyas, sus añoranzas, sus ideales, etc.; 2) *descripción física* del personaje (rasgos principales), pues reconoce la autora que serán el director y el actor quienes le den la caracterización definitiva al personaje, la vida, e incluso que los caracteres del personaje descrito en el guión son “pistas” que el actor podrá o no tomar, advirtiéndole sobre calificativos (guapo, fuerte, inteligente, etc.) que no aportan nada para la interpretación; 3) *coherencia* del personaje, es decir, que la descripción del mismo (su perfil, educación, valores éticos, etc.) se corresponda con las acciones que se le imponen en el guión; 4) *actitudes y emociones*, esto es, para evitar elaborar personajes planos es necesario atribuirle emociones, paradojas, actitudes y valores que le den profundidad y singularidad; 5) *individualización* del personaje, en el sentido ya apuntado, esto es, junto a los elementos anteriores, hay que añadirle aspectos singulares del lenguaje (acento, defectos, etc.), comportamientos específicos, tics, gestos, vestuario, forma de caminar, defectos, etc. Junto esos aspectos generales del personaje, SEGER propone ahondar en el conocimiento del personaje ofreciendo más información sobre su psicología (vida sexual, actitud ante la vida, frustraciones, temperamento, personalidad), su perfil sociológico (clase social, nivel de estudios, religión, afiliaciones, ideologías, familia, etc.), su pasado oculto o conocido, su inconsciente, etc.

7º.- Se ha de advertir, no obstante, que en estos ámbitos la nomenclatura, casi toda de nuevo cuño y propiciada con un sentido instrumental, induce a no poco errores. Así y a modo de ejemplo ilustrativo, cuando se habla de las características de los personajes literarios, ya sean los

---

<sup>482</sup> SEGER, Linda, *Cómo crear personajes inolvidables*, Ed. Paidós, Barcelona, 2000, págs. 36-85.

descritos en una obra dramática o en un guión, se suele incurrir en excesos semánticos tales como, en gran medida, los apuntados en el apartado anterior, pues hablar, entre otros extremos, de la psicología del personaje literario no deja de ser una suerte de licencia lingüística. En este sentido, HORMIGÓN, al referir al personaje literario-dramático y al escénico, cuyo paralelismo entre el personaje literario-cinematográfico y el personaje audiovisual es evidente, niega que el literario posea psicología al ser esta cualidad de la mente un elemento que tan solo el actor, que es una entidad viva, pueda aportar o prestar<sup>483</sup>

8º.- Con todo, el personaje literario descrito en el guión, en el mejor de los casos, contiene en potencia al personaje audiovisual, siendo éste construido de modo específico por el actor que asume el papel de aquél y al transformar mediante la construcción y actuación del personaje audiovisual definitivo que quedará integrado en la obra audiovisual, y que es el personaje que percibe el público, no el literario que cada cual puede imaginar, pues se trata del personaje vivo, actuado, capaz de transmitir todas las emociones, ideas y sentimientos al espectador gracias a que el actor le ha dotado de elementos diversos mediante el empleo de su técnica actoral y de sus recursos interpretativos.

Por tanto y en definitiva, una cosa es el personaje esbozado en el guión y otra es el personaje audiovisual que se integra en la obra audiovisual. El segundo es construido por el actor, partiendo de las pautas que del mismo obtiene del guión e incorporando a éste elementos nuevos y actuándolo, es decir, dotándolo de imagen, movimiento, voz, gestos y demás cualidades con las que el espectador se va a identificar o va a percibir de él las emociones, ideas y sentimientos previstos dentro de una historia trágica, cómica o de cualesquiera géneros.

### **3.2.3.- Del personaje literario al personaje audiovisual.**

Así como cabe diferenciar sin esfuerzos entre la obra literaria (guión) y obra cinematográfica o audiovisual, se hace comprensible también distinguir entre el personaje literario descrito en el guión o en la obra literaria preexistente y el personaje cinematográfico o audiovisual que forma parte de una nueva y distinta obra como es, precisamente, la cinematográfica o audiovisual.

Para ahondar en esa diferencia y en el propio tránsito de un personaje a otro, de una creación a otra, es preciso acudir de nuevo a las bases filosóficas de la cuestión, concretamente a la teoría aristotélica-tomista de la “potencia” y el “acto”, en cuyos aspectos esenciales damos aquí por

---

<sup>483</sup> *Óp. cit.*, págs. 13 y 27.



reproducida. Tan solo recordar, y en este caso de la mano de TOMÁS ALVIRA<sup>484</sup>, que “acto” significa “acción” y un tipo destacado de acción es el “movimiento”, al tiempo que este término va ligado a lo sensible y nuestro conocimiento intelectual comienza siempre en los datos obtenidos por los sentidos. Asimismo, dice este autor que las acciones del hombre se denominan actos y actos también se llaman a las partes de una acción u obra teatral o cinematográfica. De hecho, la toma, realización, rodaje o grabación de cada secuencia se inicia con la emblemática y enfática palabra de “¡Acción!”.

Asimismo, dicho autor nos recuerda que en la filosofía aristotélica-tomista, la noción de acto indica de suyo perfección: *unumquodque est perfectum inquantum est actu*<sup>485</sup>. Y cita a MILLÁN PUELLES<sup>486</sup> para cotejar que, etimológicamente, el término “acto” viene del latín *actu*, del verbo *agere*, que primordialmente significa *acción* (...), pero también puede significar lo que, mediante la acción, resulta hecho, acabado, logrado (...). De donde se sigue que el acto es perfección (de *perficere*) en cuanto que no le falta nada de lo que le corresponde<sup>487</sup>.

Por tanto, desde un punto de vista finalista o teleológico, el personaje literario, que se halla en potencia como personaje audiovisual, no es un fin en sí mismo ni constituye un acto perfecto y acabado, sino que constituye una entidad imperfecta, transitoria e inacabada. Su fin no es otro que servir de guía al actor para que éste construya el personaje definitivo, el acto perfecto y acabado que se integrará a la obra audiovisual, distinta también de la literaria que contiene el guión.

De nuevo es necesario acudir a la experiencia de GUTIÉRREZ ARAGÓN para corroborar la esencia pragmática y empírica de nuestra tesis al respecto. El prestigioso director y escritor reflexiona en los siguientes términos: “Hay algunas cosas que me han quedado claras en la dirección actuarial, tarea que siempre me ha parecido apasionante, tanto desde el lado del director como desde el del actor. Y es que un resultado brillante, libre, placentero, debe ser distinto del planteamiento que estaba previamente en la cabeza del director y también de aquél que estaba en la cabeza del actor. Desde luego, no se debe ir al plató sin ninguna preparación y confiarlo todo a la improvisación, pero sí debe estar abierto a la sorpresa. No todos los actores están dispuestos a modificar su concepción de un determinado papel –en general, temen que se altere su

---

<sup>484</sup> ALVIRA, Tomás, *Significado metafísico*, *óp. cit.*, págs. 9-10.

<sup>485</sup> *Óp. cit.* pág.11.

<sup>486</sup> MILLÁN PUELLES, Antonio, *Fundamentos de filosofía*, 2ª ed., Rialp, Madrid, 1958, pág. 447.

<sup>487</sup> No obstante, SANTO TOMÁS DE AQUINO distinguía dos tipos de perfecciones: la perfección primera que es aquel acto por el que una sustancia puede decirse perfecta, esto es, tanto el ser (perfección última de cualquier ente) como la forma sustancial (pues es a través de ella que el ente recibe el ser: *illud quo aliquid habet esse*); y la perfección segunda, que es el acto mediante el cual una sustancia alcanza su fin. ALVIRA, Tomás, *Significado metafísico*, *óp. cit.*, pág. 12.

construcción del personaje-, y aún menos los directores, que tienen una concepción idealizada de las escenas. Pero el reto está ahí”<sup>488</sup>. Dicha experiencia argumentativa queda completa, a los efectos que interesan.

Ahora bien, comoquiera que ni las obras ni los personajes se crean solos será preciso escudriñar los pasos y elementos que entren en liza a la hora de construir –crear- un personaje. Solo así podremos saber si, además del escritor-guionista, que crea un personaje literario, el actor que encarna dicho personaje ante una cámara y, por tanto, lo convierte en personaje cinematográfico o audiovisual, ha aportado al mismo una serie de elementos singulares, personales y característicos que le hacen acreedor de un componente creativo, sea pleno o proindiviso, y, por ende, merecedor de la protección que la propiedad intelectual atribuye al resultado de la actividad creativa.

Y en ese sentido, por ejemplo, GUBERN<sup>489</sup>, en su obra dedicada a los personajes de ficción (*Máscaras de ficción*), a los que ve como entes virtuales que encarnan mitos antiguos de la cultura occidental, cuando se refiere al trabajo interpretativo del actor y más concretamente a la construcción del personaje, dice que el actor ha de construir o "edificar, a partir de unas hojas de papel y del propio cuerpo, una identidad inventada, coherente y convincente para el espectador". Para ROGEL VIDE “El actor, en efecto, actúa, da vida al texto, lo convierte con su voz, con sus gestos, con sus movimientos, con sus ojos incluso -cual hace Fele Martínez en ‘Capitanes de Abril’, a decir de su compañera y directora María de Medeiros-. El actor actúa incluso con sus silencios, con escuchas cuales las de Streep, Irons, Tracy o Chaplin, (...)”<sup>490</sup>.

Por otro lado, ROMÁN GUBERN también nos recuerda que las etapas del trabajo interpretativo del actor comprenden “Desde los preparativos para el momento crucial del casting, hasta la construcción del personaje, para edificar, a partir de unas hojas de papel y del propio cuerpo, una identidad inventada, coherente, convincente y atractiva para el espectador”. También nos dice que “aunque es cierto que existen actores preferentemente intuitivos y actores preferentemente reflexivos, todos sus esfuerzos y estrategias acaban convergiendo en esta finalidad, en la de proponer una personalidad inventada lo suficientemente sólida y atractiva para cautivar el interés de la audiencia del principio al fin de la obra. Cuando recordamos las grandes creaciones que más nos impactaron de Emil Jannings, Louis Jouvet, Vivien Leigh, Jeanne Moreau, Charles Laughton, Anna Magnani, Mastroianni, Gassman, Ingrid Thulin o Fernán Gómez, reparamos que

---

<sup>488</sup> *Ibid.*, pág. 37.

<sup>489</sup> GUBERN GARRIGA-NOGUÉS, Román, *Máscaras de la ficción*, *óp. cit.*

<sup>490</sup> *Ibid.*, pág. 416.

por debajo de sus diferentes personalidades y escuelas lo que realmente persiguieron y consiguieron fue siempre aquello”<sup>491</sup>.

A medida que se analiza el contenido del texto o de la pieza, hay que tomar decisiones concernientes a los objetivos primordiales: ¿qué quiere la obra y qué quieren los personajes? Mediante el análisis y las improvisaciones, las impresiones van cogiendo forma y se toman decisiones; el esqueleto del personaje surgirá gradualmente, saldrá de la página y llegará al espacio de representación. En el proceso se va aprendiendo más y más. Cuanto mayor número de detalles haya a disposición del actor, más fácil le será poner carne a este esqueleto. El actor busca pistas en el texto: se fija en lo que dicen de su personaje o hacen otros personajes con el suyo; va a través del texto, línea por línea, dando vida verbalmente a cada acción, describiéndola gráficamente, utilizando adverbios como calurosamente, a regañadientes, sospechosamente, etc. Por último, examina cómo acciona y reacciona el personaje. Después del análisis del texto, se empieza a observar larga y detenidamente al personaje y las influencias sobre él<sup>492</sup>.

El actor inglés y maestro de actores, MICHAEL CAINE, hablando de la labor creativa que el actor ha de desarrollar para construir su personaje, apuntaba que<sup>493</sup> “Desde el momento en que un guión te llega a las manos, empiezas a hacer determinadas deducciones sobre el personaje que vas a interpretar. Es como recoger pistas. El guionista te da algunas indicaciones, y si tienes suerte, también contarás con la comprensión basada en tus experiencias de la vida. También puedes usar tus observaciones de otras personas que quizás se parezcan en algún aspecto a tu personaje. Cuando interpreté a Frank, el profesor de universidad alcohólico de “*Educando a Rita*”, lo basé en dos personas que conozco. Para el “*Frank profesor de universidad*” utilicé a un amigo mío escritor que se llamaba Robert Bolt y para el “*Frank alcohólico*” me imaginé que era otro amigo mío llamado Peter Langan”.

SERNA asevera que “El personaje no existe, *per se*, en el papel, es una idea del autor, más o menos reflejo acertado de unos comportamientos reales. Dos buenos actores interpretan el personaje de distintas formas y el resultado puede llegar a ser completamente diferente”<sup>494</sup>. LANG<sup>495</sup> aporta una frase determinante al decir que “El buen director no es el que dice a los actores cómo interpretar, sino el que arranca de ellos la mejor parte de su personalidad”. Y

---

<sup>491</sup> GUBERN GARRIGA-NOGUÉS, Román, en la presentación de la obra de SERNA, Assumpta, *El trabajo del actor*, *óp. cit.*, págs. 9-10.

<sup>492</sup> DENNIS, Anne, *El cuerpo elocuente*, *óp. cit.*, pág. 41.

<sup>493</sup> CAINE, Michael. *Actuando para el cine*. Pilot ediciones. Biblioteca de actores 3. I Edición, 2003.

<sup>494</sup> SERNA, Assumpta, *El trabajo del actor*, *óp. cit.*

<sup>495</sup> LANG, Fritz, *Le métier d'acteur*, Cinéma d'aujourd'hui, núm. 10, Belfort, Navidad 1976.

MARCELLO MASTROIANNI<sup>496</sup> se muestra más contundente aún cuando advierte que “A los grandes actores no se les dirige; se les mira”. Muy expresiva en su descripción es BERMÚDEZ DE CASTRO, quien destaca la capacidad del actor de trasladar al espectador emociones y sentimientos, ya que “Actor es aquél capaz de hacer que sus lágrimas te duelan más que las tuyas”, e irónico LAWRENCE OLIVIER, gran actor inglés del siglo pasado quien señalaba que “Actuar es mentir. Y cuanto mejor se mienta, mejor actor se es”<sup>497</sup>.

Probablemente el crítico de cine español y latinoamericano más destacado de las últimas décadas, ÁNGEL FERNÁNDEZ-SANTOS<sup>498</sup>, con motivo de la concesión del premio “La Espiga de Plata” del Festival de Cine de Valladolid de 1998 a la actriz Ariadna Gil, por su trabajo en “*Lágrimas Negras*” (finalizada por los actores ante la prematura muerte de su director, Ricardo Franco), publicó un artículo en el diario El País en el que bajo el título “*Los que dan la cara*” destacaba lo siguiente: “En la jerarquía de la creación, siempre colectiva –puede leerse también en colaboración- de una película, quienes dan la cara ocupan la cúspide de la autoría, incluso por encima del director”.

Al crear la vida del personaje, pasará a primer plano la imaginación del actor. Tendrá que tener en consideración todo lo que ha aprendido en los pasos previos. La historia del personaje, tanto social como personal, será el punto de partida a partir del cual surgirá su vida. Todos los detalles, como edad, trabajo, clima, estatus, clase y demás se mezclan para formar la fisicidad y la psicología de este personaje. El actor se debe fijar con mucho detalle en todas las influencias en la vida de un personaje. Las influencias culturales, como la historia nacional, trabajo, clase y estatus afectan y, a su vez, se ven afectadas por las reacciones físicas y emociones personales a la edad, salud, entorno, clima, familiaridad y confort físico. Un actor necesitará más allá de su propia experiencia para comprender un personaje. Debe hacer concreto y visible lo que le es ajeno. Observa la diferencia en los siguientes ejemplos: Un personaje puede sentirse “elevado” de placer. La palabra, en sí misma, no tiene significado para el actor. Lo que es interesante es cómo se manifiesta esta sensación, y en este contexto la palabra puede incluso ser de ayuda para dar al actor otra clave. Pero todas las reacciones varían, dependiendo de todas las diferentes influencias posibles presentes en el momento dramático. Como un alquimista, el actor debe poner todas sus claves juntas y quizá llegara a una sustancia nueva para él. Un actor no puede

---

<sup>496</sup> MASTROIANNI, Marcello, citado por MICHEL SIMON, *Sí, ya me acuerdo*, Ed. B. Barcelona, 1997.

<sup>497</sup> VALVERDE, Juan Jesús, *El misterio del actor*, T&B Editores, Madrid, 2009.

<sup>498</sup> FERNÁNDEZ-SANTOS, Ángel, *Los que dan la cara*. Diario El País, 22 de noviembre de 1998.

limitarse a sus propias experiencias y circunstancias personales. Nunca debe cansarse de explorar todas las posibilidades que lo rodean<sup>499</sup>.

La relatividad del guión para el proceso creativo del personaje queda puesta de manifiesto, entre otros muchos, por un hecho de dimensiones históricas en el ámbito del cine mudo, protagonizado por CHARLES CHAPLIN cuando describe cómo concibió y creó al personaje audiovisual o visual más emblemático, quizá de todos los tiempos: *“Aquí necesitamos algunos gags – dijo; después se volvió hacia mí-. Maquíllese y póngase un disfraz cómico. Cualquiera cosa. Yo no sabía qué maquillaje ponerme. No me gustaba mi atuendo de reportero. Pero al dirigirme hacia el vestuario pensé que podía ponerme unos pantalones muy holgados, unos zapatos, y añadir al conjunto un bastón y un sombrero hongo. Quería que nada fuera armónico: los pantalones holgados, la chaqueta estrecha, el sombrero pequeño y los zapatos grandes. No estaba seguro de si debía parecer viejo o joven, pero recordando que Sennett había creído que yo era mucho mayor, me puse un bigotito, que, seguramente, me añadiría edad sin ocultar mi expresión. No tenía la menor idea del personaje que iba a representar; pero en cuanto estuve vestido, la ropa y el maquillaje hicieron que sintiera qué clase de persona era. Empecé a descubrirlo, y cuando llegué al escenario, había nacido por completo. Al enfrentarme con Sennet ya me había encarnado en el nuevo ser, y me paseé por allí haciendo molinetes con el bastón y contoneándome ante él. Por mi mente pasaron en rápida sucesión gags y situaciones cómicas”*<sup>500</sup>. Y así, sin guión ni argumento nació CHARLOT para anidar en nuestro imaginario por siempre como el personaje, quizá, más conmovedor que nos ha entregado el séptimo arte.

### 3.3.- El personaje audiovisual.

Tal vez, los personajes audiovisuales que más han trascendido fueron creados directamente por el propio actor, sin guión ni parámetros previos. Tales son los casos de Charles Chaplin y Charlot –ya referido; de Roberto Gómez Bolaños y El Chavo del Ocho o El Chapulín Colorado; de Mario Moreno Rey y Cantinflas; María Antoñeta de la Nieves y La Chilindrina; María de los Ángeles López Segovia y Lina Morgan; Alfred Hawthorn Hill y Benny Hill; Rowan Atkinson y Mr. Bean; entre otros. Son personajes que trascienden, en efecto, tanto a la obra literaria como a la propia audiovisual hasta convertirse en fenómenos sociológicos con los que el público se identifica, siquiera en calidad de *alter ego*.

---

<sup>499</sup> DENNIS, Anne, *El cuerpo elocuente*, *óp. cit.*, pág. 41-42.

<sup>500</sup> CHAPLIN, Charles, *Autobiografía*, traducida por Julio Gómez de la Serna, Ed. Lumen, Barcelona, 2014, págs. 208 y 209.

En la animación audiovisual los grandes personajes fueron creados por dibujantes y es su imagen la portadora de todos los elementos básicos de los mismos, de sus historias y de su significación. Muchos de ellos saltaron del cómic a la gran pantalla y de ésta a las televisiones de todo el mundo. Su voz, en diferentes idiomas, fue asumida por actores y esta circunstancia les dotó, asimismo de caracteres y matices propios. Mickey Mouse, Tom y Jerry, Bugs Bunny, La Pantera Rosa, Bob Esponja, Heidi, Scooby Doo, Pikachu, Marco, El Pato Donald, Correcaminos, Doraemon, Los Pitufos, Goku, Piolín, Los Simpson, Popeye el Marino, Mortadelo y Filemón Oliver Atom, Snoopy, Alvin y las Ardillas, Los Picapiedra, Dexter, El Pato Lucas, Dumbo, El Pájaro Loco, Garfield, Winnie Pooh, Caillou, Wakko, Félix el Gato, Tigger, El Oso Yogui, Mafalda, Hello Kitty, Dora la Exploradora, etc., son unos ejemplos universales de entre otros muchos. Personajes de tal fuerza que son capaces de provocar reformas legislativas tales como la revisión sucesiva del plazo de protección en los EEUU para evitar el dominio público de Mickey Mouse, considerando aún su vigente valor audiovisual, de marca y de *merchandising*. Efectos similares ha causado durante los últimos cincuenta años Doraemon en Japón.

Mas, volviendo al discurso principal, al del actor y su personaje audiovisual, los actores que más han trascendido, sobre todo en el ámbito cinematográfico, se convirtieron por sí mismos en personajes audiovisuales, con independencia del papel que interpretasen en cada obra audiovisual. La fuerza de su imagen personal, asociada a su nombre artístico, era tan suficiente que el guión o el papel que le tocaba en suerte interpretar quedaba relegado a algo accidental, ciertamente. Su presencia en un film marcaba tanto a la obra que el gran público en general, no el cinéfilo, suele decir que tal película es de determinado actor o actriz, ignorando el resto de contribuciones a la obra; el cinéfilo conoce más detalles de la obra y suele atribuir la autoría de la obra, casi en exclusiva, al director-realizador de la misma, sobre todo en Europa. Pero el cine y toda la ficción audiovisual en su conjunto basa su modelo de negocio y su influencia social y económica en el gran público.

GUTIÉRREZ ARAGÓN corrobora lo anterior cuando reflexiona la siempre controvertida relación actor-personaje: “Al actor le persiguen los personajes que ha interpretado como un cortejo de sombras. No se puede librar de ellos mientras esté bajo los focos: es el vaquero, el bueno, o el gánster, el malo; o bien la chica ingenua y sexy o la vengadora armada. John Wayne, Edward G. Robinson, Marilyn Monroe, Marlene Dietrich son arquetipos del Olimpo filmico y, como los dioses, han especializado sus atributos para repartirse el cielo. (...) El actor es la abstracción de cada uno de sus personajes. Nuestro recuerdo tiende a enlazarlos y esencializarlos en un paradigma. Confunden si no responden a él. (...) Fernando Fernán Gómez o Ángela

Molina, Meryl Streep o Humphrey Bogart no están tan identificados con un solo tipo de personaje, pero sí con una manera de interpretar que los caracteriza igualmente. Se espera –y teme– de ellos su arrolladora presencia interpretativa. ¡Ya antes de que hagan nada! (...) Los excesos interpretativos de un gran actor no son considerados como tales, a no ser que choquen con la credibilidad del personaje. En toda interpretación hay una parte que se origina en la mimesis. Ese efecto de verosimilitud de las profesiones –tan alabado en el cine norteamericano– donde el cartero, el fontanero, el duque o Napoleón nos hacen olvidar que están siendo encarnados por quien no lo es pero que, a partir de ese momento, no dejará nunca de serlo en nuestra retina. Pero hay otra parte que se debe a la diégesis, con reglas que el propio actor maneja y que tienen sólo la genialidad por frontera. Si a la primera parte le debemos exigir una verdad documental, a la segunda le debemos exigir una verdad interior que trascienda la naturalidad<sup>501</sup>.

Por tanto, es público y notorio que hubo y hay actores y actrices que han marcado épocas, tendencias, hábitos de consumo, ideales de belleza y estética, etc., *per se*, dentro y fuera de las pantallas, pero no tan lejos de los focos de toda índole<sup>502</sup>. Incluso admitiendo la parte

<sup>501</sup> CHAPLIN, Charles, *Autobiografía*, *óp. cit.*, págs. 66 a 68.

<sup>502</sup> Tales son y han sido los casos, entre otros muchos, de Bette Davis, Gary Cooper, Cary Grant, Marilyn Monroe, Humphrey Bogart, Katharine Hepburn, Marlon Brando, Ingrid Bergman, James Stewart, Ava Gardner, Gregory Peck, Audrey Hepburn, John Wayne, Rita Moreno, Paco Rabal, Greta Garbo, Fred Astaire, Elizabeth Taylor, Henry Fonda, Judy Garland, Clark Gable, Marlene Dietrich, Orson Welles, Joan Crawford, Billy Wilder, Meryl Streep, Peter O'Toole, Laurence Oliver, Rock Hudson, Grace Kelly, Paul Newman, María Félix, José Luis López Vázquez, Sara Montiel, Pedro Infante, Gene Kelly, Charles "Charlie" Chaplin, Ginger Rogers, Burt Lancaster, Lauren Bacall, Buster Keaton, Vivien Leigh, James Dean, Rita Hayworth, William Holden, Robert Mitchum, Olivia de Havilland, Kirk Douglas, Barbara Stanwyck, Groucho Marx, Woody Allen, Richard Burton, Harold Lloyd, Carlos Gardel, Sophia Loren, Marcello Mastroianni, Fernando Fernán Gómez, Jean-Paul Belmondo, Catherine Deneuve, Lina Morgan, Jorge Negrete, Brigitte Bardot, Alfredo Landa, Julia Roberts, Terence Whashington, Brad Pitt, Penélope Cruz, Morgan Freeman, Javier Bardem, Salma Hayek, Antonio Banderas, Benicio del Toro, Orson Welles, Anthony Quinn, Tony Curtis, Johnny Depp, Deborah Kerr, Will Smith, Robert DeNiro, Al Pacino, Jack Nicholson, Jim Carrey, Robin Williams, Anthony Hopkins, Tom Hanks, Nicolas Cage, Sidney Poitier, Bruce Willis, Nicole Kidman, Denzel Washington, Jackie Chan, Robert Downey, Kate Winslet, Julianne Moore, Clint Eastwood, Cameron Díaz, Leonardo DiCaprio, Hugh Jackman, Tom Cruise, Orlando Bloom, John Travolta, Eddie Murphy, Sean Connery, Dustin Hoffman, Mel Gibson, Susan Sarandon, Harrison Ford, Julianne Moore, Russell Crowe, Samuel L. Jackson, Bruce Lee, Cate Blanchett, Christopher Walken, Kevin Spacey, Steve McQueen, Christopher Lee, Brigitte Bardot, Claudia Cardinale, Julie Christie, Catherine Deneuve, Carmen Maura, Victoria Abril, Charo López, Josep Maria Pou, Emilio Gutiérrez Caba, Natalia Kinski, Janet Leigh, Shirley Maclaine, Maureen O'Hara, Bárbara Stanwyck, Yul Brynner, Fernando Rey, Natalie Wood, Lionel Barrymore, Montgomery Clift, Alain Delon, Jean Gabin, Vittorio Gassman, Charlton Heston, Pepe Isbert, Charles Laughton, Jack Lemmon, Marcello Mastroianni, Luis Tosar, Toshiro Mifune, Laurence Olivier, Anthony Quinn, Daniel Brühl, Edward G. Robinson, Peter Sellers, Richard Widmark, Walter Brennan, Richard Gere, Jane Fonda, Robert Redford, Romy Schneider, Shirley Temple, Alberto de Mendoza, Federico Luppi, Luis Brandoni, Akira Kurosawa, Ariadna Gil, Viggo Mortensen, Paz Vega, Aitana Sánchez-Gijón, Antonio Resines, Anna Magnani, Doris Day, Gene Tierney, Anthony Perkins, Claudette Colbert, Glenn Ford, Lana Turner, William Wyler, Carole Lombard, Tim Burton, James Cagney, Sean Penn, Scarlett Johansson, David Lean, Errol Flynn, Jodie Foster, Joan Fontaine, Michelle Pfeiffer, Robert Taylor, William Holden, Kate Winslet, Edward Norton, Michael Caine, Tyrone Power, Charlize Theron, Thelma Ritter, John Garfield, José Ferrer, Anne Bancroft, Jeanne Moreau, Fredric March, Halle Berry, Maribel Verdú, Gene Hackman, Robert Duvall, Diana Keaton, Daniel Day-Lewis, Jeremy Irons, Judi Dench, Christopher Walken, Jessica Lange, Kathy Bates, Natalie Portman, John Malkovich, Uma Thurman, Emma Thompson, Warren Beatty, Jennifer Aniston, María de Medeiros, Joaquim de Almeida, Sandra Bullock, George Clooney, Ben Stiller, Philip S. Hoffman, Ricardo Darín, Min-Sik Choi, Paco Martínez Soria, Juan Diego, Tony LeBlanc, Agustín González, Alberto Closas, José Bódalo, Javier Cámara, Eduard Fernández, José Luis Ozores, José Sazatornil, Juanjo Menéndez, Juan Luis Galiardo, José Sacristán, Carmelo Gómez, Juan Echanova, Imanol Arias, Alan Ladd, Eusebio Poncela, Jordi Mollá, Rafael Álvarez "El Brujo", Sancho Gracia, Pepe Sancho, Manuel Alexandre, Amparo Baró, Pilar Bardem, Amparo Rivelles, Carmen Sevilla, José Coronado, Adriana Ozores, Belén Rueda, Ana Belén, Lola Dueñas, Lluís Homar, Antonio de la Torre, Pilar López de Ayala, Emma Suárez, Elena Anaya, María Valverde, Anthony Mann, Marisa Paredes, Vittorio Gassman, Leonor Watling, Óscar Jaenada, Goya Toledo, Alberto San Juan, Sergi López, Karra Elejalde, Carlos

correspondiente de contribución a la imagen personal de determinados papeles, que realzan dicha imagen o ayudan a proyectarla, son a la postre y en esencia los atributos del actor o la actriz, al margen del guión, esencialmente, los que han logrado conectar con ese público general para convertirse en iconos, modelos de conducta, imagen de productos, mensajes, ideas, etc. Cuando un espectador les ve en pantalla grande o en televisión no sólo le enmarca en el concreto papel que desarrolla en esa obra, sino que lo identifica como un personaje en sí mismo, portador de una serie de valores y atributos personales que, a su vez, ayudan a fidelizar el personaje de ficción frente a sus admiradores, seguidores o espectadores sin más.

La visión que del trabajo del actor alberguen el guionista, director-realizador y el compositor de la banda sonora, esto es, los considerados nominalmente autores de las obras audiovisuales *ex art.* 87 TRLPI, aun careciendo de virtualidad jurídica, aporta un argumento fáctico más y diferente al que han sostenido los dirigentes de algunas de las entidades de gestión colectiva que administran los derechos de tales autores.

En ese sentido, de nuevo GUTIÉRREZ ARAGÓN en su libro titulado *A los actores*, reivindica su trabajo, sus efectos y su esencialidad para el cine. Este gran director del cine español empieza por sentar una realidad que casi todos hemos vivido, esto es, que las películas “no se conocían por el nombre de su director, sino por el de sus intérpretes. No era un film de John Ford, de Jean Renoir o de Berlanga, era una película *de* John Wayne, *de* Maureen O’Hara, *de* Pepe Isbert o *de* Carmen Sevilla”<sup>503</sup>. Este miembro de la Real Academia de Bellas Artes también dice que “El primer contacto con el cine se produce al contemplar a los actores, esos cuerpos y almas en movimiento que nos ofrecen su presencia a unos cuantos metros del sitio que ocupamos en la sala oscurecida”<sup>504</sup>. Y añade: “Ya entonces me di cuenta de que hay dos clases de directores de cine, por un lado los que sienten que los actores son el mejor instrumento que tienen a su alcance para expresar emociones y, por el lado contrario, los directores que tienen pánico a los actores y encuentran que, en el perfecto mecanismo de la máquina cinematográfica, el factor humano es el más fastidioso. ¡Ojalá los actores fueran como la engrasada cabeza del trípode o la distancia focal del objetivo!”<sup>505</sup>. Acto seguido, y como era de esperar, GUTIÉRREZ ARAGÓN sale en defensa de sus queridos y admirados actores mediante un ataque a la medular de esa clase de directores y guionistas –afortunadamente en minoría y en fase de extinción- que ni entienden ni valoran el concurso del actor para la construcción de un proyecto en colaboración, como es la

---

Bardem, Ana Torrent, Silvia Marsó, Alex Brendemühl, Paco León, María León, Luis Merlo, Carmen Machi, José Luis Gil, Amaia Salamanca, Gemma Cuervo, Fernando Guillén, Anabel Alonso, Paca Gabaldón, Bradley Cooper y un larguísimo etcétera.

<sup>503</sup> GUTIÉRREZ ARAGÓN, Manuel, *A los actores*, *óp. cit.*, pág. 9.

<sup>504</sup> *Ibid.*, pág. 11.

<sup>505</sup> *Ibid.*, pág. 16.



obra cinematográfica, y lo hace en los siguientes términos: “El cuerpo de los actores llega hasta hacer que sobren las palabras que pronuncian. La fisicidad de los intérpretes transparenta la trama y la historia. Aquello es verdad porque el cuerpo no puede ser desmentido. Por rechazable, por inverosímil que sea la realidad, nunca deja de ser real. Así que el actor proporciona al cine no ya un cierto grado de realidad, sino realidad a secas. Está allí y basta”<sup>506</sup>. Y remata su argumentación como sólo GUTIÉRREZ ARAGÓN podía hacer, es decir, acertando de nuevo en el centro de la diana al señalar que “Fue, es y será un momento único e irrepetible, ese de dirigir por primera vez a unos actores. Tú esperas de ellos el milagro de hacer real lo que sólo estaba en potencia, escrito previamente de manera sucinta, en una hoja con grandes espacios blancos, en espera de completar el sentido”<sup>507</sup>.

De otro lado, es común desde el mismo origen del cine hasta nuestros días hallar la doble militancia de actores-directores, de grandes actores convertidos en grandes directores, habilitados por los argumentos referidos *ut supra* en la doble militancia teatral de actor-dramaturgo. Es decir, si el objetivo es el acto, la actuación, la obra viva, las imágenes en movimiento, parece lógico pensar que un actor, como también un guionista o un dramaturgo, pero con mayor sentido de la realidad o de la dificultad o facilidad práctica, según los casos, podrá acomodar con mayor destreza la idea o el texto a la interpretación, a la acción dramática.

Tal vez por ello, en el común de los casos, cuando un actor da el salto a la dirección - excepción hecha de los primeros tiempos del cine, cuando éste era más artesanal y dirigir era tan natural como interpretar-, significa que ha madurado una serie de conocimientos y procesos que imprimen a sus obras una viveza y carga actoral en el mismo sentido que Shakespeare o Molière atribuían a sus personajes, pensados y descritos para ser interpretados, para tener vida propia, bucear en la condición humana más recóndita y transmitir al espectador, de forma clara, directa y con fuerza, las emociones, ideas y demás contenidos<sup>508</sup>.

---

<sup>506</sup> *Ibid.*, pág. 23.

<sup>507</sup> *Ibid.*, pág. 34.

<sup>508</sup> La nómina de actores que dieron el paso al guión y/o a la dirección es amplia. Desde los ya finados y legendarios Harold Lloyd, Buster Keaton, Charlie Chaplin, Orson Welles y Vittorio Gassman, hasta actores relevantes como tales, también fallecidos, que dirigieron con mayor discreción de manera esporádica como lo hizo Paul Newman en dos títulos y Frank Sinatra en dos. En cuanto a actores-directores (y en algunos casos guionistas) contemporáneos de gran nivel y también consolidados como grandes directores podemos traer a colación, entre otros, a Woody Allen, Clint Eastwood, Quentin Tarantino, Mel Gibson, Kevin Costner, Ben Affleck, Sofia Coppola y George Clooney. A los anteriores casos debemos unir un ramillete de actores que comenzaron a alternar ambas facetas como Denzel Washington, Jack Nicholson, Antonio Banderas, Russell Crowe, Tom Hanks, Fernando Fernán Gómez, Anthony Hopkins, Robert De Niro, Acheró Mañas, Angelina Jolie, Johnny Depp, Ana Belén y Paco León, así como aquellos otros actores que de forma esporádica y con suerte dispar dirigieron o dirigen cine, entre los que cabe nombrar a John Malkovich, Ron Howard, Jon Favreau, Nicolas Cage, Gene Kelly, Dustin Hoffman, Marlon Brando, Keanu Reeves, Jodie Foster, Steven Seagal, Jean-Claude Van Damme, Sylvester Stallone, Edward Norton, Jennifer Aniston, Demi Moore, Charles Laughton, Eddie Murphy, Drew Barrymore, Martin Sheen, Kevin Bacon, Barbra Streisand, Gary Oldman, Laurence Fishburne, Philip Seymour Hoffman, Jack Goes Boating, Tim Roth, Salma Hayek, David Duchovny, entre otros muchos.

En fin, con esa doble militancia lo que se quiere significar es que, de un lado, en la mayoría de los supuestos indicados el actor, además de dirigir, actuó o protagonizó la obra audiovisual, y, de otro lado, que no cabe hablar de conflicto de intereses entre las diferentes funciones creativas desarrolladas ni de jerarquías creativas. Asimismo, pero en otro plano de consideraciones, se observa –amén de su carácter anecdótico– que son muchos los casos de actores que han dado el salto a la dirección, pero que no son tantos los directores que han podido hacer lo contrario.

ROGEL VIDE<sup>509</sup> establece un argumento conclusivo que hacemos nuestro a los efectos de poner término al presente epígrafe, a saber: El actor, pues y aún dirigido e integrado en un proceso complejo de creación, puede ser considerado como creador de su personaje, de su interpretación –más allá de lo que está escrito o insinuado al respecto– y, en cuanto tal, como coautor de una obra compleja y, por definición, en colaboración, cual la obra teatral o la cinematográfica, que tienen que ver con espacios y movimiento más que con letras y músicas; que tienen que ver, en su esencia, con volúmenes y geometrías, espacios y efectos escénicos o especiales, cadencias, sonidos y silencios, colores, luces y sombras. La obra teatral –la cinematográfica también– es, a la postre, vida, acto llevado a cabo por seres, más allá de la potencia contenida en un texto, susceptible, en todo caso, de múltiples lecturas e interpretaciones.

## **4.- LA DIMENSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES.**

### **4.1.- Introducción, justificación y parámetros metodológicos.**

Uno de los principales reproches que venimos formulando desde el inicio del presente trabajo viene dado por la profunda contradicción que media entre la dimensión económica y social que han adquirido las interpretaciones audiovisuales en las últimas décadas y el tratamiento escaso, discriminatorio y, en ocasiones peyorativo, que tales creaciones han recibido del legislador y de la doctrina científica. Ello responde, pues todo efecto tiene una causa, a la concurrencia de intereses económicos diversos, siendo los más descuidados, incluso por su propio titular, los que corresponden al actor.

---

<sup>509</sup> ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios Completos*, *óp. cit.*, págs. 422-423.

Comencemos por decir que la industria audiovisual viene siendo en EEUU durante las últimas siete décadas una actividad económica principal de esa primera potencia económica del mundo durante ese mismo periodo, al tiempo que dicha industria constituye el primer factor geoestratégico de tal país, por ser a través de la imagen audiovisual como ha logrado vender el resto de productos al planeta e implementar, en gran medida, su modelo económico, político y social. Tal concepción y perspectiva de la industria audiovisual por parte de los EEUU antes que reprochable es admirable, envidiable y conveniente. Y así lo han entendido los países más avanzados en todos los órdenes como son Alemania, Francia, Reino Unido y Japón, cuya estela y senda ahora siguen China, Australia, Sudáfrica, Corea del Sur, Turquía, México, Brasil y Argentina; sin que las autoridades españolas hayan asumido que tanto la industria audiovisual como la cultural en su conjunto son la base de nuestra economía y de nuestra identidad, mas no solo por la incidencia en términos del PIB y su relevancia respecto del sector turístico, sino porque a través del audiovisual se logra “vender” todo lo que España puede ofrecer al resto del mundo, incluidas las demás manifestaciones artísticas.

Vivimos inmersos en la era de la imagen y, dentro de ésta, en la de la imagen audiovisual. Además, ya hemos dejado sentado que nuestra imaginación, ilusión y creatividad se construye a base de imágenes, luego el poder de incidencia en la conducta humana de la imagen y, sobre todo, la imagen en movimiento como es la audiovisual, y, dentro de ésta, la encarnada por un actor o artista en general, a la que imprime un valor incalculable y una credibilidad susceptible de ser asumida por millones de seres humanos, hace prueba e idea de la dimensión económica y social que las interpretaciones audiovisuales han alcanzado en las últimas décadas. No existe creación artística ni producto que pueda lograr el impacto económico y social de las interpretaciones audiovisuales.

Ya se ha dicho y sobre ello volveremos, que la obra audiovisual es una obra en colaboración, resultado unitario de las aportaciones creativas de distintas personas, ya sean éstas el actor, el director, el guionista, etc. Y siendo el resultado creativo audiovisual lo que el público percibe, de manera que los actores (es decir, en palabras de FERNÁNDEZ-SANTOS<sup>510</sup>: *los que dan la cara*) constituyen uno de los elementos más determinantes en el éxito o fracaso de la obra.

---

<sup>510</sup> FERNÁNDEZ-SANTOS, Ángel, *Los que dan la cara*, *óp. cit.*, artículo publicado en el diario El País, en fecha de 22 de noviembre de 1998, siendo su autor uno de los críticos de cine más prestigiosos y en cuyo trabajo ensalza el trabajo de los actores de la película *Lágrimas Negras*, que tuvo que ser finalizada por los actores por la repentina muerte de su director, Ricardo Franco, y cuyo sumario es toda una declaración de principios al decir que *en la jerarquía de la creación, siempre colectiva* —léase en colaboración—, *de una película, quienes dan la cara ocupan la cúspide de la autoría, incluso por encima del director*. Dicho artículo, asimismo, encabeza el libro *Interpretación y Autoría*, comprensivo del seminario que sobre dicho título se cursó en el verano de 2003 en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo (Santander), publicado dentro de la Colección de Propiedad Intelectual, dirigida por Rogel Vide, Carlos - Reus, Madrid, 2003.

Muestra de ello es el peso que tienen los actores en los costes totales de producción de cualquier obra audiovisual, y es que el valor que el productor reconoce a los actores guarda una estrecha relación con el valor que el público otorga a los mismos, así como con el valor añadido que éstos generan a favor del usuario que explota dichas obras.

DÍEZ PUERTAS nos recuerda cómo ya en la Roma clásica se percibía esta dimensión económica de la interpretación actoral, trayendo a colación el discurso pronunciado por CICERÓN, *En defensa de Quinto Roscio, el cómico*, en el que el filósofo y jurista romano argumentaba que formar a un esclavo como actor suponía añadir a este último un mayor valor económico, que transcendía su cuerpo -“lo que valía no era su figura sino su arte”, no en vano, sostiene CICERÓN, es a partir de esa formación que el público estaba dispuesto a pagar por disfrutar del arte adquirido por el esclavo<sup>511</sup>. Si bien a este respecto APPIA define al público como “deudor del artista”, en la medida en que el precio que pagamos no se corresponde con el valor de lo que recibimos, de tal suerte que incluso cuando estamos disfrutando de una obra “sentimos que no hemos dado nada a cambio que sea comparable con ella, y que esa obra de arte, en definitiva, no nos pertenece”<sup>512</sup>.

Dicho lo cual, y a pesar de coincidir con APPIA en que la creación intelectual trasciende lo económico, lo cierto es que las interpretaciones, como cualquier otra manifestación cultural, son objeto de “consumo” masivo en los tiempos actuales y se puede obviar esta dimensión de nuestro objeto de estudio. El actor que interpreta no lo hace para sí, sino para el público. Por tanto se antoja necesario recompensar de alguna manera ese esfuerzo creativo, del que se aprovecha el público y la sociedad en su conjunto, pero sobre todo una serie de intermediarios entre el artista y el público que obtiene pingües beneficios a lo largo de toda la cadena de valor y de explotación de las obras integradas por interpretaciones audiovisuales.

Y es en ese ámbito de la difusión, de la comercialización y de mercado en el que el Derecho de autor -o la propiedad intelectual en el sentido de nuestro TRLPI- despliega sus efectos, pues no protege la fase de creación de las obras y demás prestaciones protegidas, sino, una vez creadas, su fase de explotación. Así, considerando la vida de toda obra audiovisual de dos fases, la de producción y la de explotación, es en esta última en la que se manifiestan los efectos y contenido de los derechos de propiedad intelectual, y en la que el actor adquiere el máximo protagonismo, comercial y social, muy por encima –en los términos que veremos más adelante- del resto de

---

<sup>511</sup> DÍEZ PUERTAS, Hemeterio, *Actores y actuación, Antología de textos sobre la interpretación escritos por los propios intérpretes*, Vol. I, coord. por Saura García, Jorge, Ed. Fundamentos, Madrid, 2006, pág. 34.

<sup>512</sup> APPIA, Adolphe, *La música y la puesta en escena, óp. cit.*, pág. 387.

creadores. Es por ello, y a mayor abundamiento, que las interpretaciones audiovisuales deberían gozar, como mínimo, de la misma protección que el resto de aportaciones creativas a la obra audiovisual.

Por último, considerando la dificultad del análisis que nos proponemos, cumple explicar sucintamente la metodología que vamos a emplear para medir, o siquiera estimar, la dimensión económica y social de las interpretaciones audiovisuales. Así, y considerando que de lo que tratamos es de ofrecer una idea, que no el valor concreto, de dicha dimensión, hemos optado por acudir a datos sólidos y fácilmente contrastables, más que por tratar de elaborar un complicado esquema econométrico. Partiendo entonces de la medición del peso o valor añadido que el actor aporta a la obra audiovisual –en cuanto que unidad econométrica habitual-, y su incidencia en una mayor o menor generación de ingresos, trasladaremos los resultados a los datos agregados del sector audiovisual, lo que nos permitirá ofrecer una imagen del peso de las interpretaciones audiovisuales tanto en el conjunto de la economía española como en los modelos de negocio televisivos o audiovisuales en su conjunto, así como su incidencia política, social y cultural.

## **4.2.- Dimensión económica de las interpretaciones audiovisuales.**

### **4.2.1.- El peso económico de las interpretaciones actorales en la obra audiovisual.**

#### **4.2.1.1.- En la obra cinematográfica.**

La metodología de mayor aceptación y utilización para la estimación del valor añadido por los actores a la obra audiovisual admite dos enfoques, a saber: el de mercado y el de costes. La robustez de este análisis viene dada por la correlatividad de ambos enfoques, en la medida en que la distribución de los costes inherentes a la producción audiovisual está inexorablemente ligada a los diversos factores que determinan el comportamiento del público en la fase de explotación de la obra -en la que, como hemos dicho, despliegan sus efectos los derechos de propiedad intelectual.

Comenzando por el primero de tales enfoques –el basado en los costes o reposición-, el método se centra en las estimaciones que llevaría a replicar las interpretaciones actorales a costes

actuales de mercado<sup>513</sup>, y es que de la asignación de costes de producción se deduce el valor que el productor (que invierte su propio capital) estima para tales interpretaciones. Se trata, en definitiva, de analizar el peso que otorga el productor de la obra audiovisual al elenco actoral, en relación con los costes totales de producción.

En este sentido, si acudimos al presupuesto tipo de producción o “Presupuesto/coste de la película/largo/cortometraje” exigido por el ICAA para optar a las ayudas a la producción otorgadas por el Ministerio de Cultura, observaremos cómo los autores nominales de la obra (guionista, director-realizador y compositor de la banda sonora), junto con los músicos y cantantes, suponen el 3,58% del coste medio de producción<sup>514</sup>, mientras que los actores (protagonistas, principales, secundarios, figuración y especialistas) representan el 9,89% del coste medio de producción. En definitiva, del coste total asociado al personal creativo en una producción audiovisual, el 26,6% se corresponde a los autores y artistas musicales, mientras que el 73,4% corresponde a los actores.

El estudio del sector audiovisual realizado en 1996 por la consultora internacional ARTHUR ANDERSEN arroja resultados similares<sup>515</sup>. Así, conforme a dicho estudio, el coste medio aproximado de producción de una obra audiovisual en España superaba ligeramente el millón de euros, de los que en torno a los 190.000 euros se correspondían con el elenco actoral (en función del número de actores y de su *cachet*), mientras que los costes asociados al guión, música y dirección ascendían a una cifra próxima a los 70.000 euros. De ello se sigue que, del coste total asociado al personal creativo en una producción audiovisual, el 73% corresponde a los actores, mientras que el 27% corresponde a los autores nominales y a los artistas musicales.

La diferencia en los porcentajes de participación del elenco actoral en el coste total de la obra (cerca del 10% conforme a los datos del ICAA, 19% conforme al estudio de ARTHUR ANDERSEN) se explican, entre otros factores, por las partidas o “capítulos” considerados en uno y otro caso (*v.gr.*, gastos financieros, seguridad social, seguros, promoción, copias, etc.). En particular, las partidas previstas por el ICAA incluyen los costes previstos en el art. 3 de la

---

<sup>513</sup> En relación con este enfoque cumple advertir, no obstante, que lo que otorga valor a un activo, sea este tangible o intangible (caso de las interpretaciones), es su capacidad para generar beneficios futuros, y no el coste satisfecho para su adquisición o realización.

<sup>514</sup> Si bien el coste individualizado de cada capítulo o partida tiene carácter reservado, el Ministerio de Cultura, a través del ICAA, publica de forma periódica los datos agregados de toda la producción cinematográfica nacional. *Vid.* Boletín Informativo del Cine –Producción cinematográfica española 2014, disponible en <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/dms/mecd/cultura-mecd/areas-cultura/cine/mc/bic/ano-2014/produccion-espanola/10-Costes-Produccion.pdf>

<sup>515</sup> *The European Film Production Guide*, vv.aa., Arthur Andersen Llp., Ed. Routledge, Oxford/Nueva York, 1996, págs. 106 y ss.

Orden CUL/2834/2009, de 19 de octubre<sup>516</sup>, a los efectos de aplicación de las medidas de fomento e incentivos a la cinematografía y al audiovisual previstas en la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine. Así, no sólo la cantidad de partidas consideradas por el ICAA es superior a las analizadas por ARTHUR ANDERSEN, sino que además incluyen algunas de gran calado (v.gr, la remuneración del productor ejecutivo).

Excluyendo los costes de promoción (12,12% conforme a los datos del ICAA, en torno al 30% en la guía de ARTHUR ANDERSEN), la participación del elenco actoral en los costes de producción medios en España se cifraría en una horquilla de entre el 11,36% y el 27,14% - dependiendo, obviamente, del número y caché de los actores contratados.

La contribución media del elenco actoral a los costes de producción es similar, en términos relativos, en España y en los EEUU, si bien WASKO advierte que “el coste de los talentos clave (especialmente actores/actrices) representa una parte significativa del presupuesto de una película típica de Hollywood. Los talentos sobresalientes pueden representar habitualmente un 50 % del presupuesto total de producción, y han sido identificados como una de las razones fundamentales del por qué los costes de las películas de Hollywood se han disparado”<sup>517</sup>.

En 2006 el coste medio de producción de una obra cinematográfica en los EEUU ascendía a 100,3 millones de dólares, de los que 65,8 millones se correspondían con los denominados “costes negativos” (costes de producción, *stricto sensu*), y 34.5 millones con los costes de promoción. Cumple advertir, no obstante, que dicha cifra media tiene una elevadísima varianza, especialmente en el mercado estadounidense, en el que los presupuestos de las grandes “superproducciones”<sup>518</sup> pueden alcanzar los 425 millones de dólares (caso de *Avatar*), 300 millones de dólares (*Piratas del Caribe 3: En el fin del mundo*), 275 millones de dólares (*El caballero oscuro: La leyenda renace*), o 200 millones de dólares (*Spiderman 2*)<sup>519</sup>. El dato que sin embargo permanece estable es el porcentaje de participación –coste- del elenco actoral en tales producciones, con independencia de su presupuesto. Ahora bien, en un mercado tan competitivo como el estadounidense –de manera muy particular en su sector audiovisual-, no es fácil encontrar publicaciones que contengan los datos desglosados de tales presupuestos, con lo que

---

<sup>516</sup> Orden CUL/2834/2009, de 19 de octubre por la que se dictan normas de aplicación del Real Decreto 2062/2008, de 12 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, en las materias de reconocimiento del coste de una película e inversión del productor, establecimiento de las bases reguladoras de las ayudas estatales y estructura del Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales.

<sup>517</sup> WASKO, Janet, *How Hollywood Works*, 2ª ed, SAGE, Londres, 2005, pág. 33.

<sup>518</sup> Esto es, aquellas en cuya producción ha participado, en un porcentaje igual o superior al 50%, alguno de los seis “grandes” estudios estadounidenses (ó *majors*), integrados en la Motion Picture Association of America (MPAA), a saber: Warner Bros., Universal Pictures, 20th Century Fox, Sony Pictures, Paramount y Walt Disney.

<sup>519</sup> Datos obtenidos de Nash Information Services Llc.

ha sido necesario acudir a los presupuestos particulares a los que hemos tenido acceso, y de los que damos cuenta seguidamente.

Así, en *El Protegido* (2000) los costes “negativos” de producción ascendieron a 73 millones de dólares, de los que 32 millones, es decir, un 44%, se correspondieron con la contratación del elenco actoral. En *Lara Croft Tomb Raider: La cuna de la vida* (2003) los costes actorales supusieron el 17% del presupuesto total (costes “negativos” ascendentes a 100 millones de dólares), y en *Terminator 3: La rebelión de las máquinas* (2003) los actores representaron un 21% de los costes “negativos” (160 millones de dólares). En *Spiderman 2*, por su parte, los gastos de producción (“negativos”) ascendieron, como se ha dicho, a 200 millones de dólares, de los cuales 30, esto es, un 15%, se correspondían al elenco actoral<sup>520</sup>. Los porcentajes de participación del elenco actoral en estos títulos estadounidenses se sitúa -tal vez ligeramente por encima de lo que ocurre en España- en una horquilla de entre el 15% y el 44%.

En esos mismos títulos, de la relación de costes asociados al personal creativo<sup>521</sup>: el 75% (*Spiderman 2*), 86,5% (*El Protegido*), 77,27% (*Lara Croft Tomb Raider: La cuna de la vida*) y 87,50% (*Terminator 3: La rebelión de las máquinas*) se asocian al coste del elenco actoral; en tanto que el 25%, 13,5%, 22,73%, y 12,5%, respectivamente, se corresponden con el coste asociado al resto del personal creativo (fundamentalmente el director), dentro de los mismos títulos. Ello arroja una media similar a la ya citada en relación con la distribución de costes en el cine español.

Podemos afirmar entonces, con mucha prudencia, que: (a) la valoración económica media de las interpretaciones audiovisuales desde un enfoque basado en el coste o reposición se sitúa entre un 10% y un 40% de los costes “negativos” de producción; y (b) del coste total asociado al personal creativo en una producción cinematográfica entre el 70% y el 90% se corresponde con el coste asociado a los actores mientras que, correlativamente, entre el 30% y el 10% se corresponde con el coste del resto de creativos –artistas musicales y autores nominales, y, dentro de éstos, fundamentalmente a los directores.

Estas dos premisas nos permiten ahora abordar el segundo enfoque anunciado *ut supra*, a saber: el de mercado, o el valor que el público asigna a los actores como factor determinante de su

---

<sup>520</sup> HOFMANN, Kay H., *Co-Financing Hollywood Film Productions with Outside Investors: An Economic Analysis of Principal Agent Relationships in the U.S. Motion Picture Industry*, Ed. Springer Gabler, Wiesbaden, 2013, pág. 19.

<sup>521</sup> Excluidas las cantidades satisfechas por la adquisición de los derechos sobre la obra preexistente en la que se basan sus respectivos guiones.



decisión para *consumir* una u otra obra y, por tanto, la capacidad de aquéllos para que ésta obtenga un mayor o menor rendimiento económico. A este respecto, y tras estudiar diversas fuentes, incluido el pretendido *Mercado Bursátil de Hollywood*<sup>522</sup>, ELBERSE propone fórmulas matemáticas concretas para estimar el impacto que un elenco actoral concreto puede llegar a tener en los ingresos derivados de la explotación de la obra audiovisual<sup>523</sup>.

De manera similar, DE VANY y WALLS elaboran una serie de sistemas econométricos que les permiten concluir que “*la probabilidad de que una película sin estrellas alcance un beneficio superior a los 20 millones de dólares es 0,02, mientras que para una película con al menos una estrella esa probabilidad es del 0,1 [es decir, cinco veces superior]*”<sup>524</sup>.

La dimensión económica de las interpretaciones audiovisuales es, por tanto, coincidente desde uno y otro enfoque analizados, de coste o de mercado, como por otra parte no podría ser de otra manera. Pero más allá de determinar el peso del coste de las interpretaciones audiovisuales en la cadena de valor de la industria audiovisual, o de su impacto en el resultado de la explotación de la obra, que, como hemos analizado, no deja de ser una cifra o porcentaje más o menos concreto, este epígrafe pretende poner la atención en una dimensión económica más allá del valor matemático, y es que la interpretación audiovisual, una vez incorporada a la obra audiovisual la dota de un valor intangible, muy superior al que añaden el resto de aportaciones creativas.

Esta circunstancia pone de relieve la incoherencia existente en el trato que nuestra legislación, así como la mayoría de las foráneas, dispensa a los autores nominales de la obra audiovisual y a los intérpretes de la misma. Diferencia de trato, injustificada y, por ello, discriminatoria, que rompe el equilibrio en una industria, la audiovisual, cuyo valor agregado no es, desde luego, desdeñable, y de ahí la urgencia con la que nuestro legislador debería intervenir.

Es decir, si el actor o actriz dota de un valor añadido destacado y relevante a la obra, que permite su mejor explotación económica, ¿por qué su interpretación no se encuentra protegida de forma acorde a su peso sustancial? Porque la realidad que encontramos es que este peso sustancial no se corresponde con la regulación intelectual, ni tampoco laboral, existiendo numerosas lagunas

---

<sup>522</sup> *Hollywood Stock Exchange* ([www.hse.com](http://www.hse.com)), que simula una suerte de mercado bursátil en el que los valores objeto de negociación son los actores y las obras en las que participan. Así, uno de los productos más destacados de este mercado son los denominados *StarBonds* (o “bonos estrella”) que, sobre la base de la participación de uno o varios actores concretos en un título, cotizan en función del rendimiento bruto esperado en taquilla de dicho título.

<sup>523</sup> ELBERSE, Anita, *The Power of Stars: do Star Actors Drive the Success of Movies?*, Harvard Business School, Boston, 2006, págs. 31 y ss.

<sup>524</sup> DE VANY, Arthur S. y WALLS, W. David, *Motion picture profit, the stable Paretian hypothesis, and the curse of the superstar*, *Journal of Economic Dynamics & Control*, Vol. 28, núm. 6 ed. ELSEVIER, Ámsterdam, 2004, pág. 1047.

jurídicas, e incluso, no existiendo tal regulación en países con una riqueza audiovisual superior a la media mundial, en los que no se recoge la especialidad del trabajo y de la interpretación del actor del medio audiovisual. Es evidente que, a pesar de la importancia del actor en la obra audiovisual, se han primado otros intereses, de forma permanente, obviando la realidad que las encuestas, los informes económicos, y los presupuestos de las obras audiovisuales dejan sobre la mesa.

Se hace harto necesario una regulación específica que dote de una posición principal al artista intérprete, tanto a nivel laboral como intelectual. Posición principal que, *de facto*, ostenta en la producción y en la posterior distribución de la obra audiovisual de entre todos los aportes creativos a la misma.

#### 4.2.1.2.- En la obra audiovisual de ficción televisiva.

Tal y como pondremos de relieve más adelante, de entre los géneros que integran la parrilla televisiva, ya sea ésta en abierto o de pago, la ficción ocupa un lugar destacado –por “ficción” televisiva entendemos las producciones audiovisuales previamente grabadas (o “enlatadas”), pudiendo distinguir a tales efectos entre series, obras cinematográficas *stricto sensu*, telefilmes (o *TV movies*) y telenovelas, principalmente. Estos productos ocuparon en 2014 el 33,1% del tiempo de emisión de la televisión española en su conjunto, muy por encima de otros géneros como los informativos (18,2%), la miscelánea (16,1%) o los deportes (7,5%)<sup>525</sup>.

La dimensión adquirida por la ficción televisiva, que será objeto de análisis más adelante, hace que resulte necesario, a los efectos que ahora nos ocupan, determinar el papel que juegan los actores en tales producciones, así como el impacto que sus interpretaciones tienen en este modelo de negocio. Para ello acudiremos, en primer lugar, a la clasificación de géneros y formatos televisivos de ficción que propone CARRASCO CAMPOS. En función de la estructura narrativa del producto, dicho autor distingue entre el telefilm, las miniseries y las series, definiendo al primero (telefilm o *TV movie*) como un “formato televisivo de ficción consistente en la emisión de un relato auto conclusivo, salvo secuelas”. Cuando dicha emisión se fracciona en pocos episodios (dos o tres generalmente) estaremos ante una miniserie, cuyas características, por lo demás, coinciden con las del telefilm o *TV movie*. Con respecto a las series, y dependiendo de su naturaleza y contenido, dicho autor distingue entre “drama” (*soap operas*, telenovelas y

---

<sup>525</sup> Según datos de KANTAR MEDIA, en *Análisis Televisivo 2014*, de Barlovento Comunicación, disponible en <http://www.barloventocomunicacion.es/images/publicaciones/analisis-televisivo-2014-Barlovento.pdf>

dramas) y “comedia” (*sitcoms* y *dramedies*), exponiendo los principales rasgos distintivos de cada una de ellas<sup>526</sup>.

Así, la *soap opera* (del inglés, “ópera del jabón”<sup>527</sup>) es la serie de drama de emisión diaria, en programación matinal o de sobremesa, y en capítulos de una duración aproximada de entre 30 y 60 minutos. Generalmente consta de repartos corales y de tramas abiertas<sup>528</sup>, múltiples y enrevesadas, que toman como contenidos paradigmáticos las relaciones humanas desde el plano de los sentimientos. Son, en definitiva, productos televisivos con una gran esperanza de vida en pantalla y con gran capacidad de fidelización y de convertir su visionado en un hábito de consumo por parte del espectador. Son ejemplos de *soap opera*, entre otros títulos, *Dinastía*, *Dallas*, *Falcon Crest*, *Al salir de clase* y *Amar en tiempos revueltos*.

Por su parte, la *telenovela* es el formato de series de ficción típicamente latinoamericano, y constituye el principal motor de la industria televisiva de aquél continente (incluida la población hispanohablante de los EEUU), tanto a nivel de producción y consumo doméstico, como de exportaciones, hasta el punto de que las principales empresas de radiodifusión en aquella región –de manera destacada TELEvisa, GLOBO, CARACOL, UNIVISIÓN y TELEMUNDO- han adaptado sus modelos de negocio a este formato, convirtiéndose en grandes productoras y distribuidoras a nivel mundial. Ello ha provocado, además, que en los últimos años las telenovelas integren elementos hasta hace poco ajenos a este género (v.gr., comedia, realismo, ambientación “neutra” de la trama), facilitando así su comercialización en otras regiones –así, por ejemplo, *Yo soy Betty la fea*, *Pasión de Gavilanes*, etc.

En todo caso la *telenovela* es la serie de drama integrada por capítulos con una duración de entre 30 y 40 minutos, de emisión regular -generalmente a diario en programación de sobremesa, pero también matinal o incluso en *prime time*-, con un elenco estable de actores y una trama principal en torno a la cual gira el hilo argumental de la historia, cuyo final está determinado de antemano. El contenido suele girar en torno a complejas historias románticas, en las que el amor triunfa sobre toda suerte de obstáculos (disputas familiares, conflictos de clase, etc.). Son ejemplos de telenovela de éxito del pasado siglo, entre otros, *Los ricos también lloran*, *Cristal* y *Abigail*.

---

<sup>526</sup> CARRASCO CAMPOS, Ángel, *Teleseries: géneros y formatos - Ensayo de definiciones*, Miguel Hernández Communication Journal, Año 1, Elche, 2010, págs. 182-193.

<sup>527</sup> Por el público al que originalmente iban dirigidas, v.gr., amas de casa, de tal suerte que la mayor parte de la publicidad era de productos de limpieza del hogar.

<sup>528</sup> El guión se escribe de manera coetánea a la emisión, adaptándose así a las preferencias de los espectadores y de los propios anunciantes.

Por último, y dentro de las *series* “*de drama*”, encontramos un formato que en los últimos años ha tenido mucho éxito, de emisión semanal, generalmente en *prime time*, en capítulos de entre 40 y 60 minutos con repartos corales, susceptibles de variación, y con tramas auto conclusivas dentro de cada capítulo, pero con elementos de continuidad, cuyo contenido gira en torno a situaciones no cómicas (acción, suspense, terror, etc.). A este respecto CARRASCO CAMPOS tiene dicho que “en el plano formal, ha de destacarse que si bien el drama cuenta en sus episodios con ciertos elementos de continuidad (características propias de la *soap opera* y de la telenovela) y que permiten establecer tramas generales (muy habitualmente a nivel de temporada), así como dar a conocer las características de los personajes principales y las relaciones que existen entre cada uno de ellos, tales elementos quedan en un segundo plano, siendo, no obstante, empleados muy habitualmente (no sólo en el drama sino, tal y como veremos, también en los formatos de telecomedia) por su comprobada eficacia para fidelizar a las audiencias. Con ello, la estructura formal del drama tiende más bien a dar importancia a las dos o tres tramas que cada capítulo desarrolla de forma auto-conclusiva en sus aproximadamente 50 minutos de duración, pudiendo decir por tanto que la estructura del drama se asemeja a la clásica de la literatura y teatro, también adoptada por el film como nueva forma audiovisual de narración, dividida en comienzo, nudo y desenlace (estructura especialmente apta para la narración televisiva en la que, debido a los cortes publicitarios, la emoción queda convenientemente interrumpida), narrándose en cada capítulo pequeñas historias, dentro de un amplio contexto narrativo, que siempre tienen conclusión”<sup>529</sup>. Algunos ejemplos recientes de este formato son *Juego de Tronos*, *Breaking Bad*, *House of Cards*, *El internado*, *El Barco*, *Isabel*, *Águila Roja*, *Cuéntame*, etc.

Por su parte, las *series* “*de comedia*”, o *telecomedias*, son aquellas series de ficción de estructura abierta y contenidos realistas, cotidianos y próximos a la audiencia, orientadas a la diversión a través del humor y la comedia. Como decíamos *ut supra*, podemos distinguir entre las *sitcom* (o comedias de situación) y la “*dramedia*” (o “*dramedy*”).

Las primeras son formatos de emisión regular (generalmente diaria) en capítulos de entre 20 y 30 minutos, programada en horarios de sobremesa y tarde, con repartos corales, pero reducidos y cerrados. Sus tramas suelen componerse de una narración principal y una o dos secundarias, siendo generalmente todas ellas auto conclusivas dentro de cada capítulo, pero con elementos de continuidad. Es un género muy próximo al teatro, en cuanto que emplea un número definido y limitado de personajes y decorados, generalmente rodada en interiores y suele contar o bien con

---

<sup>529</sup> CARRASCO CAMPOS, Ángel, *Teleseries: géneros y formatos - Ensayo de definiciones*, pág. 188.

las denominadas risas enlatadas, o bien con la presencia de público durante las grabaciones en directo. Constituyen ejemplos destacados de las sitcom *Friends*, *Dos hombres y medio*, *Seinfeld*, *Frasier*, *Modern Family*, etc.

Por su parte, las denominadas *dramedias* (o “dramedies”) –de la combinación de palabras “drama” y “comedia”–, son un formato de telecomedia relativamente moderno, basado en combinar tramas propias de las series de drama con elementos específicos de la comedia de situación. Su emisión es semanal, generalmente en horario de *prime time*, en capítulos de entre 60 y 90 minutos, con repartos corales susceptibles de variación y con tramas auto conclusivas dentro de cada capítulo, pero con elementos de continuidad. CARRASCO CAMPOS alude “a las grandes diferencias existentes con respecto a la comedia de situación, en tanto que la *dramedia* mantiene bastantes semejanzas con la teleserie dramática, siendo la más importante la presencia de tramas de continuidad de largo recorrido (que abarcan temporadas completas, e incluso se convierten en *leitmotiv* de la producción) con otras, secundarias, que se inician y concluyen en un mismo episodio (...) se nos presenta entonces como un formato capaz de combinar hábilmente situaciones y personajes propios de una comedia de situación con tramas propias del drama televisivo (...) puede y debe decirse que la *dramedia* representa ante todo un producto televisivo confeccionado *ad hoc* para el replanteamiento de los típicos de la teleserie dramática (especialmente de la *soap opera*) en clave de humor, con el fin de obtener el entretenimiento ‘total’ de las audiencias”<sup>530</sup>. Son ejemplo de “dramedias” *Los Serrano*, *Aida*, *La que se avecina*, *Los hombres de Paco*, *Mujeres desesperadas* o *Anatomía de Grey*, entre otras.

Sentada la anterior clasificación, son dos las conclusiones principales que podemos extraer, siendo la primera de ellas que el desarrollo e implantación actual de la ficción televisiva es síntoma evidente tanto de las preferencias del público como de la rentabilidad que dichas producciones generan, tanto a su productor como al canal de televisión, consolidándose así como elemento fundamental del sector televisivo en su conjunto, en los términos que veremos más adelante. La segunda conclusión es que los actores que encarnan a los personajes audiovisuales constituyen el aspecto central de todos y cada uno de estos formatos, en la medida en que no sólo escenifican el guión, sino que además se convierten en factores determinantes para la fidelización del público –a través de la continuidad que imprimen los personajes, siquiera a través de las tramas personales que se establecen entre ellos (romances, disputas, etc.).

Un ejemplo evidente y reciente de esta circunstancia ha sido el debate global que suscitó la

---

<sup>530</sup> CARRASCO CAMPOS, Ángel, *Teleseries: géneros y formatos - Ensayo de definiciones*, óp. cit., págs. 192-193.

muerte del personaje interpretado por Kit Harington en el último episodio de la quinta temporada de *Juego de Tronos*, y la cantidad de voces que en los cinco continentes demandaron a los guionistas de la serie la reaparición de dicho actor en la sexta temporada<sup>531</sup>.

La identificación de la obra con sus actores se puso de manifiesto con la emblemática serie de situación *Friends*, en la que cada uno de sus protagonistas (seis) llegó a percibir un millón de dólares por cada capítulo –cifra que entonces (año 2004) se antojó excesiva, pero a la que accedió la productora consciente de que el éxito que estaba cosechando la serie se debía fundamentalmente a los actores que encarnaban a los distintos personajes<sup>532</sup>. Esta circunstancia provocó que *Friends* encabezara, y aún encabeza, el ranking de series más caras, con un coste medio por episodio de 10 millones de dólares<sup>533</sup>.

Aún hoy día dicha cifra parece exorbitante, habida cuenta que las series más caras del momento tienen un coste de producción por episodio de entre 5 y 9 millones de dólares –así, v.gr., *Boardwalk empire* (5 millones), *Juego de tronos* (6 millones), *Camelot* (7 millones), *Marco Polo* (9 millones). Todas ellas, a diferencia de *Friends*, son series “de drama”, de mayor duración y con una producción que nada tiene que envidiar a las obras cinematográficas en cuanto a vestuario, efectos, exteriores, etc.

En España la primera temporada de *Águila Roja* tuvo un coste de 863.713 euros por episodio, en el caso de *Cuéntame* (capítulos 164 a 183) dicho coste fue de 737.558 euros, y en el de las primeras temporadas de *Gran Reserva* y de *Pelotas* fue de 570.529 euros y 523.709 euros, respectivamente<sup>534</sup>. Según fuentes diversas, en el caso de *Isabel* y *El Internado*, los costes medios por capítulo se situaron en una cifra próxima a los 600.000 euros, mientras que en *Velvet*, *El Príncipe* y *Piratas*, dicho gasto rondó los 500.000 euros, que es la cifra media estimada de coste por capítulo de ficción española de drama o de *dramedia* de entre 60 y 90 minutos<sup>535</sup>.

En todo caso y habida cuenta la amplia tipología de producciones televisivas de ficción, se antoja

---

<sup>531</sup> Así, por ejemplo, en los artículos de MARCOS GUILLAMAS, Natalia, ¿Realmente ha muerto? Las teorías sobre el final de “Juego de Tronos”, publicado en EL PAÍS el 17 de junio de 2015 (disponible en [http://cultura.elpais.com/cultura/2015/06/16/television/1434456065\\_335442.html](http://cultura.elpais.com/cultura/2015/06/16/television/1434456065_335442.html)), y de ZUMBERGE, Marianne, “Game of Thrones”: Jon Snow Alive? Kit Harington Spotted on Set, publicado en VARIETY el 26 de septiembre de 2015 (disponible en <http://variety.com/2015/tv/news/game-of-thrones-jon-snow-alive-kit-harington-spotted-1201603284/>).

<sup>532</sup> El último episodio, emitido el 6 de mayo de 2004 por la NBC tuvo una audiencia récord, en los EEUU, de 52,5 millones de espectadores.

<sup>533</sup> BARDAJÍ HERNANDO, Javier y GÓMEZ AMIGO, Santiago, *La gestión de la creatividad en televisión: el caso de Globo Media*, ed. EUNSA, Barañáin, 2004, pág. 52.

<sup>534</sup> Según datos de la auditoría pública de la Corporación RTVE correspondiente al ejercicio 2009, fuente: Intervención General de la Administración del Estado.

<sup>535</sup> Nótese que, además, cada episodio tenía una duración aproximada de 20 minutos.

harto complicado extraer una cifra media de costes de producción y de contratación del elenco actoral. Sí podemos afirmar, sin embargo, que con la excepción de aquellos casos en los que determinados personajes específicos han adquirido tal relevancia que sin ellos la obra carecería de valor económico (en términos de audiencia y, por tanto, de capacidad comercial), el personal artístico en las series españolas de ficción acaparaba en 1998 una media del 53%<sup>536</sup> de los costes de producción, del cual aproximadamente el 80% suele estar destinado al elenco actoral (entre el 35% y el 40% de coste total de producción<sup>537</sup>), y el 20% restante a los demás miembros del personal artístico –de manera destacada el equipo de guionistas.

Téngase en cuenta, asimismo, que este modelo de producción por capítulos de esos géneros de ficción televisiva determina que la proporción de costes del elenco actoral y de guionistas se incremente paulatinamente en la medida en que otros costes de producción –set de rodaje o grabación, decorados, atrezzo, etc.- van siendo amortizados en los primeros capítulos.

En este sentido, VOGEL nos recuerda que, a principios de los años 2000, el coste medio de producir un episodio de una hora de duración, para su emisión en *prime-time*, era de 2 millones de dólares, y de 1,6 millones de dólares en el caso de las *sitcoms* de media hora de duración. En ambos casos el impacto del elenco actoral sobre el presupuesto de producción puede llegar hasta el 80%, especialmente en aquellos casos en los que el actor se ha convertido en un factor fundamental para el éxito comercial de la serie, como sucedió con el precitado ejemplo de *Friends* -lo que VOGEL denomina “la inclinación de los actores en series de alto rating a demandar una retribución mucho más elevada por episodio, bajo amenaza de dimisión”<sup>538</sup>.

En idéntico sentido se pronuncian ÁLVAREZ MONZILLO y LÓPEZ VILLANUEVA, que con respecto a las series que gozan de gran audiencia sostienen que “los actores pueden ejercer una importante presión negociadora sobre las cadenas de televisión con el subsiguiente aumento del presupuesto”. Según dichos autores, estas series de éxito representan la mitad de la ficción televisiva, y su coste medio por capítulo llega hasta los 450.000 euros, del cual el 50% corresponde al equipo artístico, mientras que el resto de series, “que cuentan con actores que no han tenido todavía éxitos resonantes de audiencia”, tienen un coste medio de producción que no supera los 240.000 euros por capítulo, de los que el equipo artístico recibe el 35%<sup>539</sup>.

---

<sup>536</sup> BENÍTEZ PONT, Jordi, *Lo que cuesta la “tele”*, artículo publicado en la revista Capital, Madrid, enero 2014.

<sup>537</sup> Nótese que, además, cada episodio tenía una duración aproximada de 20 minutos.

<sup>538</sup> VOGEL, Harold L., *Entertainment Industry Economics – A Guide for Financial Analysis*, 8ª ed., Cambridge University Press, Nueva York, 2011, pág. 216.

<sup>539</sup> ÁLVAREZ MONZONCILLO, José María y LÓPEZ VILLANUEVA, Javier, *La producción en España: un cambio de ciclo*, ZER Revista de Estudios de Comunicación, núm. 7, vol. 4, diciembre 1999, págs. 65-87.

Puede observarse que en ambos casos el valor asignado al elenco actoral (35%-50% de los costes de producción) supera la horquilla estimada en el caso de la obra cinematográfica (10%-40%). Ello no es sino muestra del carácter generalmente abierto del guión, especialmente en las *soap operas*, dramas, *sitcoms* y *dramedies*, que se adapta, capítulo tras capítulo o al menos temporada tras temporada, a las preferencias de los espectadores y de los propios anunciantes. No en vano los sistemas de medición de audiencias empleados por las cadenas de televisión y los anunciantes incluyen mecanismos para determinar el impacto que cada actor-personaje tiene en la audiencia, modulando el guión consecuentemente para próximos episodios, y ello en aras a la obtención de un mayor rendimiento o mejor resultado comercial. Ello provoca el efecto ya apuntado de reconocer a los actores en las producciones de mayor éxito una mayor fuerza negociadora, reflejo, al fin y al cabo, de la contribución de su actuación a dicho éxito.

De todo ello se sigue que el peso de las interpretaciones audiovisuales en la ficción televisiva, ya sea estimado desde una perspectiva de costes o de mercado, llega a superar al que dichas interpretaciones adquieren en la obra cinematográfica, muy superior en ambos casos al del resto de contribuciones creativas, sean éstas las de los autores nominales o las de cualquier integrante del personal creativo -que en el caso de la ficción televisiva incluye la figura del productor ejecutivo, de especial relevancia en este sector concreto.

#### **4.2.2.- El peso de las obras cinematográficas y de ficción televisiva en el mercado.**

Hasta el momento nos hemos referido al peso de los actores en la obra cinematográfica y en la ficción televisiva, desde la perspectiva de los costes de producción y de su aportación al rendimiento económico de la obra audiovisual. Cumple entonces ahora realizar una breve exposición de la dimensión que cobran en el mercado audiovisual tales producciones, siendo las aportaciones de los actores, como hemos visto, una parte fundamental de las mismas. No en vano, los datos del mercado audiovisual, especialmente en el ámbito televisivo, evidencian el predominio de la ficción (es decir, obras audiovisuales integradas por interpretaciones audiovisuales) en la oferta de los distintos operadores (v.gr, salas de exhibición, canales de televisión o cable, video a demanda), configurándose así como una de las piedras angulares de su estrategia de negocio, incluso por encima de otro tipo de contenidos audiovisuales, como los deportes o los informativos.



#### 4.2.2.1.- El mercado televisivo: un modelo de negocio basado en la ficción.

La explotación de las interpretaciones audiovisuales en el mercado televisivo entendido en su conjunto, esto es, comprendiendo tanto la televisión en abierto como de pago, puede analizarse en función del tiempo real de emisión de las mismas y atendiendo a los resultados obtenidos en su explotación, determinando su contribución a la audiencia de los diferentes canales, o lo que es lo mismo, su incidencia final en los ingresos obtenidos por la comercialización de espacios publicitarios.

Sobre la base de una multitud de datos concretos y diversos de mercado, la entidad de gestión española de los productores audiovisuales, EGEDA, nos recuerda que “la ficción ha sido, es y será uno de los pilares programáticos de las cadenas convencionales, y ahora también de las temáticas, en abierto en España”<sup>540</sup>. Ciertamente es que los contenidos de ficción ya estaban muy presentes en el modelo de negocio televisivo desde sus orígenes, cuando RTVE llevó el teatro a la televisión<sup>541</sup>, ya fuese en vivo o pregrabado, al tiempo que comenzaba a producir series propias<sup>542</sup>, si bien la mejor prueba de lo antedicho la encontramos en la evolución misma del sector televisivo desde su privatización a partir de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. Así, la entrada del Grupo Zeta en el accionariado de Antena 3 en 1992 supuso el replanteamiento integral del modelo de negocio de dicha emisora, basándolo en la producción propia y en la búsqueda de productos de calidad. Su nuevo presidente, Antonio Asensio, declaró su apuesta por la producción propia y por los productos de calidad, frente a la programación de su principal competidor, Gestevisión Telecinco, cuyo modelo de negocio entonces se basaba esencialmente en programas de entretenimiento, de entre los que destacaban las *Mamachicho*. Así, “las obras audiovisuales de producción propia (o aquellas en las que participaban a modo de coproducción), ya fuesen seriadas o con duración limitada, habían sido una clara apuesta personal de Antena 3 (...) y constituían para la emisora un producto con grandes ventajas de las que sacar un beneficio y rentabilidad económica”<sup>543</sup>.

Los cambios adoptados por Antena 3 no se hicieron esperar, y así, además de continuar con la emisión de *Farmacia de guardia*, que en 1995 logró su mayor *share* medio, en torno al 40%, entre 1993 y 1995 dicha empresa emitió varios títulos de ficción seriada de producción propia y

---

<sup>540</sup> En *Panorama audiovisual 2012*, *óp. cit.*, pág. 556.

<sup>541</sup> Recuérdese el programa *Estudio 1*, producido por RTVE desde 1965.

<sup>542</sup> Algunas de ellas del calado de *Curro Jiménez*, *Verano Azul*, *Crónicas de un pueblo*, *Historias de Juan Español*, etc.

<sup>543</sup> GARCÍA MIRÓN, Silvia, Acercamiento al estilo de Antena 3 en la etapa Asensio (1992-1997): evolución empresarial, contenidos, identidad y audiencia, *Sphera Pública*, Revista de ciencias sociales y de la comunicación, núm. 14, Vol. II, año 2014, Universidad Católica de Murcia, Guadalupe, 2014, pág. 88.

gran éxito, como *Lleno, por favor*, *Los ladrones van a la oficina*, *Ay señor, señor*, *Hermanos de leche*, o *Canguros*; al tiempo que adquiría los derechos de emisión para España de series de gran éxito internacional como *Frasier*, *Seinfeld*, *El príncipe de Bel Air*, *Los vigilantes de la playa* o *Cosas de casa*. Además, y también de manera paralela, Antena 3 comienza en 1993 a emitir, en horario de máxima audiencia, obras cinematográficas relativamente recientes, incluyendo grandes títulos extranjeros.

Ya en 1995 el declive de Telecinco era evidente, y el modelo instaurado por Valerio Lazarov comenzaba a sufrir un importante desgaste que se veía reflejado en los índices de audiencia – inclinándose éstos a favor de Antena 3. Ello llevó a la salida de la ONCE del accionariado de Telecinco, y a la contratación de Maurizio Carlotti como nuevo Consejero Delegado, quien en cierto modo siguió la línea marcada por su competidor, surgiendo así *Médico de Familia*, *Periodistas*, etc.

La evolución del sector desde entonces, pero particularmente a partir de 2005, con la concesión de una nueva licencia de emisión a favor de la Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, y la autorización a Sogecable para que su canal codificado (Canal +) pudiera ser emitido en abierto (Cuatro), así como con la aparición de la TDT, y la correspondiente fragmentación de las audiencias, lleva a las televisiones privadas a centrar su estrategia en un mayor posicionamiento en el mercado. Así, y en primer lugar, todas ellas entran en la TDT, incorporando paulatinamente nuevos canales a sus multiplex –casi todos ellos dedicados a la ficción, con el doble objetivo de lograr mayores índices de audiencia aprovechando la fidelización a tales contenidos previamente explotados en el canal “principal” de cada empresa, así como de amortizar los costes de producción.

La segunda etapa de esta estrategia de posicionamiento en el mercado viene dada por las fusiones, primero de Gestevisión Telecinco y Sogecuatro (Cuatro), en 2011, y que daría lugar al grupo que hoy conocemos como MEDIASET ESPAÑA, y segundo de Antena 3 y de Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, dando lugar al grupo que conocemos hoy bajo el nombre de ATRESMEDIA. Ambos grupos compiten hoy día en la TDT, así como en el ámbito digital propiciado por las nuevas tecnologías, basando sus respectivas programaciones en la ficción, como elemento más rentable.

Así, y si bien es cierto que hasta fechas muy recientes todos los grupos televisivos han competido por emitir las grandes citas deportivas, no podemos dejar de señalar que su futuro

descansa en las plataformas de pago. En primer lugar, porque dicha competencia tuvo como resultado una sobredimensión de los precios, hasta el punto de que Sogecuatro en 2008 y Mediaset en 2012 perdieron importantes sumas de dinero por la compra de los derechos para la emisión de las eurocopas de naciones de fútbol de tales años –y ello a pesar de que en ambas ediciones la selección española se erigió como campeona. La nula rentabilidad de los productos deportivos, al menos para los modelos televisivos basados en la publicidad, determinó que, superada la denominada “guerra del deporte” (en alusión a la precitada competencia), las distintas cadenas optaran por abandonar o, en el mejor de los casos relegar a un segundo plano, el deporte. Y pese a que ello tuvo un efecto inmediato en el precio de los derechos, que se redujeron drásticamente, lo cierto es que ninguna cadena en abierto se ha visto en la necesidad de volver a competir por los mismos –el mejor ejemplo de ello lo tuvimos en diciembre de 2012, cuando RTVE, ATRESMEDIA y MEDIASET se negaron a emitir el encuentro de clasificación para el Mundial de fútbol de 2014, entre España y Bielorrusia, lo que provocó que los derechos por este tipo de emisiones cayeran en el mercado español hasta un 60%<sup>544</sup>.

Prueba de lo anterior hace el hecho incontrovertido de que la rentabilidad de la ficción es muy superior a la de cualquier otro género, en el que se basan, precisamente, todos los modelos de negocio televisivo basados en la publicidad, en tanto que el deporte es marginal y, en la mayoría de los casos, su coste no es amortizable para la cadena. Bien es cierto que unos pocos eventos deportivos pueden generar grandes audiencias, pero su coste es demasiado elevado, al tiempo que los ingresos obtenidos por la cadena por su emisión son muy limitados. Así, entre las 10 emisiones televisivas más vistas en España durante 2011 figuran seis encuentros entre el Real Madrid Club de Fútbol y el Fútbol Club Barcelona, tres encuentros de la selección española de fútbol, y un episodio de la serie *Águila Roja*<sup>545</sup>. Evidentemente los encuentros futbolísticos entre ambos clubs de fútbol suscitan un gran interés en la mayoría de la población, circunstancia ésta que tiene fiel reflejo en los índices de audiencia. Y lo mismo ocurre con la selección española de fútbol. Ahora bien, la clasificación de *Águila Roja* en este listado equivale entonces a decir que dicha serie televisiva, como tal, suscita en la población un interés no inferior al que suscitan los referidos encuentros futbolísticos. Y he aquí la clave de su rentabilidad: suscitando un interés

---

<sup>544</sup> Según datos publicados en diversos medios, MEDIASET pagó casi 100 millones de euros por la Eurocopa de 2012, mientras que por la de 2016 pagará 40 millones (un 60% menos). De igual modo, dicha empresa pagó, por el Mundial de Sudáfrica de 2010 100 millones de euros, mientras que por el de Brasil de 2014 pagó algo menos de 40 millones. Más significativa es aún la diferencia entre lo que se paga ahora y lo que se venía pagando los últimos años por la emisión en abierto de nuestra Liga. La Sexta accedió a abonarle a Mediapro, uno de sus dueños, 35 millones de euros por temporada. Una vez que a la cadena dejó de interesarle por carecer de recursos suficientes para el pago, Mediapro se vio obligada a rebajar su precio un 75%, aunque eliminando de su oferta a Real Madrid y Barcelona. Finalmente MEDIASET se hizo con esos derechos por 22,6 millones de euros por tres temporadas, aunque a la primera ya se unió cuando ésta ya estaba bastante avanzada – ARROYO, Miguel, *Derechos deportivos, la gran ruina televisiva*, artículo publicado en Estrella Digital el 28 de noviembre de 2013.

<sup>545</sup> Según datos de EGEDA, en *Panorama audiovisual 2012*, *óp. cit.*, pág. 30.

similar al de los eventos deportivos de primer orden (en términos de audiencia), la serie de televisión es un elemento continuo en la programación, está presente cada semana en la pantalla, mientras que los precitados eventos están limitados cuantitativamente y en función del desenvolvimiento de cada equipo o deportista en una competición concreta –el Real Madrid C.F. y el F.C. Barcelona únicamente tienen dos enfrentamientos en la Liga y, en función de diversos factores, podrán enfrentarse igualmente en otras competiciones (Copa del Rey y *Champions League* europea –tal y como sucedió, precisamente, en 2011).

Si ampliamos el listado de emisiones más vistas en ese año a 100, observaremos que junto a *Águila Roja* encontramos episodios de otras series, como *El Barco*, *Aida*, *Gran Reserva*, etc.<sup>546</sup>, superando todos ellos en audiencia a eventos deportivos de primer orden –v.gr., encuentros de tenis, carreras de fórmula uno y de motocicletas, etapas de determinadas vueltas ciclistas, etc. Y podemos afirmar que si en 2011 los precitados clubs de fútbol de Madrid y Barcelona no se hubieran cruzado en Liga, Copa del Rey, Supercopa y Champions League, *Águila Roja* no habría sido la única serie en el *top 10* de las emisiones más vistas durante ese año.

Efectivamente, las series televisivas cuentan con unos índices de audiencia similares a los de los grandes eventos deportivos, con la diferencia de que aquéllas se mantienen en la programación diaria del conjunto de las televisiones. Así, y si la emisión de mayor audiencia en 2011 fue el precitado encuentro de Champions League entre el F.C. Barcelona y el Real Madrid C.F., su audiencia (32,10%) no tuvo nada que envidiar a la cosechada por los distintos episodios de series emblemáticas como *Farmacia de Guardia* (31,50%) o *Médico de Familia* (28,30%), e incluso otras más recientes como *Cuéntame cómo pasó* (17,3%), *Aquí no hay quien viva* (20,50%), *Aida* (13,50%) y *Águila Roja* (14,70%)<sup>547</sup>.

En cualquier caso, el elemento común que presenta el mercado televisivo, sea cual sea el modelo concreto de explotación (en abierto o de pago), o su ámbito (nacional, autonómico) viene dado por el hecho de que todas las cadenas televisivas programan en sus espacios de máxima audiencia –*prime time*– contenidos fundamentalmente de ficción, y, a pesar de que MEDIASET dio un giro en su programación en 2013 –año en que se recogieron los datos objeto de estudio– con una mayor apuesta por los eventos deportivos y los denominados *reality-shows* y *talent-shows*, los mayores éxitos de esta cadena y de ATRESMEDIA se debieron más a la ficción y a la producción propia.

---

<sup>546</sup> Según datos de EGEDA, en *Panorama audiovisual 2012*, *óp. cit.*, pág. 30.

<sup>547</sup> Según datos de EGEDA, en *Panorama audiovisual 2012*, *óp. cit.*, pág. 565.

El género que mayor peso tiene en las parrillas de programación fue para 2013 el de ficción, con un 30,3%, y que además supuso un incremento del 0,8% respecto a la programación del ejercicio anterior. Bien es cierto que ese porcentaje es un dato medio, ya que del mismo modo que hay cadenas con un componente de ficción prácticamente nulo (como podría ser un canal especializado en noticias o deportes), para otros canales el género que tiene mayor presencia es la ficción. Es el caso de Clan (96,3%), Boing (90,6%), Disney Channel (80,7%), FDF-T5 (76,9%), Nova (58,5%) y Neox (54,9%).

A la vista de estas cifras, es inevitable poner en valor la importancia de la ficción y, por ende, la importancia de los elementos creativos que la conforman, volviendo a la premisa principal del valor preeminente de los artistas que participan en una obra, sea una película o una serie. La respuesta que siempre encontramos es que el público dota de un significado mayor a los integrantes del elenco actoral a la hora de seleccionar una obra audiovisual sobre otros elementos creativos de la obra.

El modelo de negocio televisivo vigente en nuestro país es un modelo basado en la inversión publicitaria, que en 2013, a pesar de la crisis del sector, supuso unos ingresos publicitarios para la totalidad de las cadenas de televisión en abierto (con las particularidades correspondientes al modelo de financiación de Televisión Española<sup>548</sup>) que alcanzaron la cifra de 1.579 millones de euros; cifra que en el caso de las televisiones de pago alcanzó los 1.715 millones de euros durante ese mismo año, fundamentalmente en concepto de abonos o suscripciones<sup>549</sup>.

Las tarifas por publicidad en las cadenas televisivas se establecen en función de diversos criterios, como son las franjas horarias, y también el coste por *spot*<sup>550</sup> varía en función del día de la semana. Teniendo en cuenta, por ejemplo, la parrilla de publicidad y tarifas de MEDIASET (cadena con mayor audiencia media en los últimos cinco años), la franja horaria en que el *spot* es más caro, es en la franja horaria denominada “gran noche” que comienza a las 20,30 horas de la noche y termina a las 00,30 horas de la madrugada.

---

<sup>548</sup> Televisión Española no emite anuncios desde la entrada en vigor en 2010 de la Ley de Financiación de RTVE, pero sí puede emitir autopromociones y patrocinios culturales.

<sup>549</sup> Según datos del *Informe Económico de las Telecomunicaciones del Sector Audiovisual 2014* (pág. 115), elaborado por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), disponible en <http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Telecomunicaciones/Informes/Informes%20Anuales/2014/Informe%20Telecomunicaciones%20CNMC%202014.pdf>

<sup>550</sup> El spot es el anuncio publicitario tipo, con una duración predeterminada de 20 segundos.

Precisamente, en un análisis detallado de la programación de esta cadena, veremos que en esa franja horaria es cuando se programan los éxitos de ficción como son las series y estrenos televisivos (bien es cierto que en esa franja horaria de *prime time* o gran noche, son también programados grandes éxitos de la cadena como *reality-shows* y *talent-shows*, ya que Mediaset ha realizado una apuesta por este tipo de programación, sin perder de vista sus grandes estrenos cinematográficos y las series de producción propia).

A modo de ejemplo, un spot en la franja horaria de “gran noche” se comercializa hasta por 25.500 euros (cada anuncio publicitario de 20 segundos), entendiendo que en esa franja horaria los principales anunciantes consideran económicamente rentable realizar esa inversión ya que la audiencia de esos programas es la mayor de toda la jornada.

Bien es cierto que no sólo son programados contenidos de ficción en *prime time*, si bien, tras las emisiones deportivas de gran relevancia (como son las competiciones futbolísticas), los contenidos con mayor audiencia televisiva en 2013 fueron contenidos de ficción, punto de inflexión que nos lleva al inicio, la relevancia en la explotación comercial televisiva de contenidos de ficción audiovisual y, en estos contenidos, el valor añadido de la interpretación audiovisual, como referencia en la elección de visionado de esos espacios.

Los datos obtenidos para 2014 arrojan idénticos resultados, reiterando el predominio de la ficción sobre el resto de contenidos, en términos tanto cuantitativos como cualitativos, en la parrilla televisiva. Así, en el 2014, el 66% de los contenidos emitidos por televisión se corresponde con géneros que incorporan interpretaciones audiovisuales, tanto de imagen como de voz<sup>551</sup>, siendo ésta una variable que permanece constante durante los años anteriores tal y como hemos expuesto *ut supra*<sup>552</sup>.

Este predominio en la emisión de los géneros donde se encuentran presentes las interpretaciones audiovisuales (*ficción, programas de entretenimiento y culturales, concursos con espectáculo*) resulta igualmente determinante para los resultados de explotación económica de los distintos

---

<sup>551</sup> El análisis realizado a partir de los datos relativos a minutos diarios de televisión registrados por la empresa KANTAR MEDIA, evidencia cómo los géneros cuya tipología incorpora interpretaciones audiovisuales representan un 66,4% del total de los minutos emitidos en la televisión en su conjunto, frente al 18,2% relativo a programas puramente informativos o al 7,5% correspondiente a deportes -*Análisis Televisivo 2014, óp. cit.*

Según dicha publicación, el desglose correspondiente al tiempo de emisión en la televisión en su conjunto de los géneros que contienen interpretaciones audiovisuales es el siguiente: 33,1% ficción; 16,1% entretenimiento (v.gr., magazines, humor); 14,7% programas culturales (v.gr., documentales); 2,5% concursos.

El resto de géneros televisivos registra un porcentaje de emisión inferior a la suma de los anteriores, siendo su desglose: 18,2% informativos 7,5% deportes; 6,9% musicales; 0,3% programas religiosos; 0,3% otros programas.

<sup>552</sup> *Panorama Audiovisual Iberoamericano EGEDA 2014*, Ed. EGEDA, Madrid, 2014, pág. 285.

operadores del mercado televisivo. En términos absolutos, tales géneros con interpretaciones audiovisuales contribuyen en un 65% a la audiencia total de las señales de televisión en su conjunto<sup>553</sup>, lo que incide de forma directa en la ratio de comercialización de sus espacios publicitarios.

No obstante, cumple señalar que tales promedios de tiempo de emisión o de contribución a la audiencia correspondientes a interpretaciones audiovisuales varían, lógicamente, según la tipología y programación de las distintas señales televisivas, siendo por ello necesario analizar tales variables dentro de cada una de las ventanas de explotación televisiva.

Así, en el ámbito de la televisión abierta, entendiendo por la misma la oferta gratuita de canales nacionales y autonómicos dispuesta en España a través de la Televisión Digital Terrestre (TDT), la explotación de las interpretaciones audiovisuales presenta distintos resultados en relación con el tiempo de su emisión y su incidencia en el *rating* de los canales televisivos donde son programadas.

En relación con los canales de televisión nacionales con emisión en abierto, los resultados correspondientes a los distintos géneros que contienen interpretaciones audiovisuales, especialmente la ficción, predominan frente a los datos relativos a noticias y deportes. Tales géneros representan, en 2014, el 73% del tiempo en minutos del total de los contenidos emitidos en abierto a nivel nacional, frente al 14% correspondiente a noticias o información en general, o el 7% relativo a deportes<sup>554</sup>.

Por lo que respecta a la televisión abierta a nivel autonómico, los datos relativos al tiempo de emisión difieren de los registrados en el ámbito nacional, si bien la presencia de géneros con interpretaciones audiovisuales continúa siendo predominante con respecto al tiempo de programación del resto de contenidos. La principal distinción a nivel autonómico con respecto a la televisión abierta nacional reside en que las señales televisivas regionales terminan dedicando un porcentaje similar de tiempo tanto a la emisión de ficción, como a la de noticias o programas de información.

En cualquier caso, en el conjunto de las televisiones en abierto autonómicas, públicas y privadas,

---

<sup>553</sup> Fuente: INFOSYS datos audiencia media 2014 KANTAR MEDIA.

<sup>554</sup> Conforme al análisis de la televisión en abierto realizado por BARLOVENTO (*óp. cit. Análisis Televisivo 2014*), el 73% de las emisiones en 2014 incluían interpretaciones audiovisuales, conforme a la siguiente distribución por siguientes géneros: 40,3% ficción; 16,0% entretenimiento (*v.gr.*, magazines, humor); 13,1% programas culturales (documentales, etcétera); y 3,7% concursos.

se verifica cómo en 2014 los géneros con interpretaciones audiovisuales representaron el 60,1% del tiempo total de emisión<sup>555</sup>.

Ahora bien, la relevancia económica de las interpretaciones audiovisuales y los géneros televisivos en los que éstas se integran, se evidencia con mayor facilidad al analizar la contribución de las mismas a la audiencia de las cadenas, ámbito en el que igualmente sus resultados predominan sobre los relativos a otros contenidos emitidos. En este sentido, los datos de 2014 relativos a la TDT (Televisión Digital Terrestre) en abierto, tanto a nivel nacional como autonómico, evidencian cómo en términos absolutos, el 64% de la audiencia generada por el conjunto de los canales abiertos se corresponde con emisiones de géneros con interpretaciones audiovisuales<sup>556</sup>.

Además, la incidencia que los géneros con interpretaciones audiovisuales tienen en la audiencia no se limita a mantener una relación de mera proporcionalidad con los minutos relativos a su emisión, sino que las tasas de contribución a la audiencia de tales géneros duplica o triplica la proporción de su tiempo de emisión en sus respectivas cadenas, lo que permite predicar su alta rentabilidad o relevancia económica<sup>557</sup> para el usuario.

Por su parte, la oferta televisiva de pago, realizada a través de las distintas plataformas de cable y satélite, presenta ciertas particularidades con respecto a la televisión abierta, pues la mayor parte de los canales que constituyen su oferta son de carácter temático, muchos de ellos dedicados específicamente a contenidos de ficción. Por esta razón, los datos correspondientes a la explotación de las interpretaciones audiovisuales en la televisión de pago presentan ratios superiores a los que pueden registrarse en la televisión en abierto. En 2014, el tiempo de emisión de la televisión de pago en su conjunto, se distribuye con claridad entre la ficción y los deportes, presentando la ficción un notable predominio en la parrilla de programación.

En consecuencia, los géneros con interpretaciones audiovisuales representaron en 2014 el 76,6% del total de tiempo de emisión de la televisión de pago en su conjunto, siendo tal dato, por sí

---

<sup>555</sup> Conforme al análisis de la televisión en abierto realizado por BARLOVENTO (*óp. cit. Análisis Televisivo 2014*), el 60,1% de las emisiones en televisión abierta de ámbito autonómico en 2014 incluían interpretaciones audiovisuales, conforme a la siguiente distribución por siguientes géneros: 23,3% ficción; 17,9% entretenimiento (*v.gr.*, magazines, humor); 17% programas culturales (documentales, etcétera); y 1,9% concursos.

<sup>556</sup> Fuente: INFOSYS datos audiencia media 2014 KANTAR MEDIA.

<sup>557</sup> Los datos del Anuario TV 2014 KANTARMEDIA evidencian la situación expuesta, al reflejar para algunos canales de televisión abierta un promedio de emisión de los géneros que contienen interpretaciones audiovisuales muy inferior al porcentaje de contribución a la audiencia que la emisión de tales géneros produce a la cadena. Sirva de ejemplo que para 2014, el tiempo diario de emisión de ficción en ATRESMEDIA se cifra en un promedio de 29,5%, del total, si bien tal porcentaje de tiempo de emisión termina aportando el 48,7% de la audiencia total de dicho canal televisivo.



mismo, la plena confirmación del carácter estratégico de las interpretaciones audiovisuales en este nicho del mercado o modelo de negocio televisivo<sup>558</sup>.

En cuanto a la contribución de las interpretaciones audiovisuales a la audiencia de los canales de la televisión de pago, los datos son parejos a los de emisión, llegando a alcanzar un promedio del 77%<sup>559</sup>.

Cumple recordar, en todo caso, que los contenidos de ficción explotados por las cadenas de televisión, y que ocupan un promedio del 40,3% de su programación (en el caso de la televisión abierta de ámbito nacional –v.gr., Atresmedia, Mediaset), o incluso del 69,4% (en el caso de la televisión de pago –v.gr., Movistar TV, ONO), comprenden tanto las obras cinematográficas como la ficción televisiva *stricto sensu* –v.gr., series, *TV movies* y miniseries, tal y como se describe cada uno de estos formatos en el epígrafe anterior.

A este respecto, EGEDA concluye en su *Panorama Audiovisual 2012*<sup>560</sup> que la ficción televisiva ha logrado desarrollar “una auténtica industria de producción de contenidos audiovisuales que ha servido para nutrir las parrillas de las cadenas en los horarios de máxima audiencia y en otros horarios específicos”, industria que “se ha adaptado rápidamente a las nuevas ventanas de consumo y ha producido contenidos específicos, contenidos complementarios, contenidos extra y, a su vez, ha originado una red social conectada a los productos de ficción”. Según dicha publicación, en efecto, la ficción constituye el género que más audiencia aporta a las cadenas de televisión<sup>561</sup>, destacando dentro de aquélla el peso de las series. Efectivamente, los formatos de ficción que en 2011 tuvieron mayor presencia en pantalla fueron las series, que superaron a las obras cinematográficas en todas las franjas horarias. Así, y según datos de EGEDA, en 2011, en la franja de noche (de 20:00 a 23:59 hs. –que incluye el *prime time*), hubo 4.866 emisiones de series, por 4.415 de largometrajes; en la franja de madrugada (00:00 a 07:59 hs.) las emisiones de series fueron 9.629, y las de largometrajes

---

<sup>558</sup> Conforme al análisis de la televisión en abierto realizado por BARLOVENTO (*óp. cit. Análisis Televisivo 2014*), el 76,6% de las emisiones en televisión de pago en 2014 incluían interpretaciones audiovisuales, conforme a la siguiente distribución por siguientes géneros: 69,4% ficción; 2,1% entretenimiento (v.gr., magazines, humor); y 5,1% programas culturales (documentales, etcétera) –dedicándose un 22% de las emisiones a los deportes.

<sup>559</sup> Fuente: INFOSYS datos audiencia media 2014 KANTAR MEDIA.

<sup>560</sup> *Panorama audiovisual 2012*, publicado por EGEDA, Pozuelo de Alarcón, 2013, págs. 555-557.

<sup>561</sup> Según datos de EGEDA, y tomando como punto de partida 1995, “año en el que concluyeron las emisiones de Farmacia de guardia, observamos que hasta el año 1999 el promedio diario dedicado por las cadenas a la ficción superó los 410 minutos, y la aportación de la audiencia de estos programas al conjunto de canales fue superior al 32%. En el periodo posterior, situado entre 2000 y 2007, el promedio no supera la barrera de los 400 minutos de programación diaria y hasta 2006 tampoco rebasa el 31%. En el trienio 2008-2010 de nuevo se alcanzan los 400 minutos y se supera el 33%” –*Panorama audiovisual 2012*, publicado por EGEDA, Pozuelo de Alarcón, 2013, pág. 556. Además, y según la misma publicación, de los 100 programas más vistos en 2011 en España, 37 fueron de ficción (26 episodios de series, 7 largometrajes y 4 episodios de miniseries), seguido por los deportes (31 programas) y los informativos (10 programas).

3.410; en la franja de mañana (08:00 a 14:59 hs.) hubo 12.514 emisiones de series frente a 1.075 de largometrajes; y en la franja de tarde (15:00 a 19:59 hs.) se emitieron 9.265 series frente a 6.014 largometrajes.

A nivel mundial, y según la misma publicación, el peso de las series (incluidos todos sus formatos –v.gr., *soap opera*, telenovela, *dramedia*, *sitcom*) en el total de la ficción emitida (incluidas las obras cinematográficas, las *TV movies* y las miniseries) resulta especialmente significativo, alcanzado un promedio del 83% durante el periodo 2005-2011.

Obviamente la industria audiovisual no ha permanecido ajena a esta circunstancia y, como bien se indica en la precitada publicación de EGEDA, ha sabido adaptarse perfectamente, hasta el punto que ya hay autores que hablan de la “era del drama” o “tercera edad de oro de la televisión estadounidense”, que según TOUS ROVIROSA<sup>562</sup> comienza a finales del siglo XX y principios del XXI, con la aparición de *CSI*, *El ala oeste de la Casa Blanca*, *House*, *Mujeres Desesperadas*, *Perdidos* y *Anatomía de Grey*, herederas, según la misma autora, de las “series de culto” de los años 1990 (*Twin Peaks*, *Expediente X*, *Doctor en Alaska* y *Urgencias*). Si bien TOUS ROVIROSA se refiere específicamente al mercado estadounidense, lo cierto es que el mercado español ha seguido la misma tónica, y durante los últimos años hemos venido disfrutando de series de producción nacional de gran éxito, dentro y fuera de nuestras fronteras<sup>563</sup> – y que, en realidad, son herederas de nuestras propias “series de culto” (*Farmacia de guardia* y *Médico de Familia*).

En Hollywood, la competencia inicial entre cine y televisión de los años 50 (“primera edad de oro de la televisión estadounidense”), fue rápidamente sustituida por la cooperación entre las dos industrias, especialmente por las facilidades de producción y la mayor rentabilidad que proporcionaban las series televisivas. Así, los grandes estudios (v.gr., Warner bros., 20th Century Fox, Disney, Paramount, Sony, Universal) comienzan a producir ficción televisiva, e incluso a explotar canales de televisión, especialmente tras la consolidación del cable en los años 1980 –surgiendo así la “segunda edad de oro de la televisión estadounidense”. La principal consecuencia de dicha circunstancia fue la necesidad de fidelizar la audiencia, aumentado

---

<sup>562</sup> TOUS ROVIROSA, Anna, *La era del drama en televisión –Perdidos, CSI: Las Vegas, El ala oeste de la Casa Blanca, Mujeres desesperadas y House*, Colección UOCpress, núm. 15, ed. UOC, Barcelona, 2010, págs. 77 y ss.

<sup>563</sup> Según datos de EGEDA, son muchas las series españolas emitidas con éxito en cadenas extranjeras. Así, por ejemplo, *Águila Roja* tuvo gran éxito, entre otros, en los EEUU, Argentina y México; *Aquí no hay quien viva*, en Chile, Finlandia, Bulgaria, etc.; *El internado*, en la República Checa, Rusia, México, Eslovaquia, Polonia, Puerto Rico, etc.; *Física y Química*, en Francia, EEUU, Italia, Portugal, México, Colombia, Ecuador, Argentina, Venezuela, etc.; *Los Serrano*, en Francia, México, Chile, Finlandia, Rumanía, etc.; *Un paso adelante*, en Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Hungría, Turquía, México, Perú y Venezuela, entre otros –*Panorama audiovisual 2012, óp. cit.*, pág. 574.

progresivamente la calidad de las producciones hasta nuestros días, la “era del drama”, en la que la mayoría de series de televisión se crean como auténticas superproducciones, muy similares a las cinematográficas –“el sistema de producción [en cuanto a costes] de las series de las grandes cadenas estadounidenses es más cercano al de los estudios de Hollywood actuales que a la política de autores –casi única en el mundo- de la cadena HBO”<sup>564</sup>.

Esta circunstancia ha llevado a diversas voces especializadas a comparar la calidad de la ficción televisiva con la de las grandes producciones cinematográficas de Hollywood –e incluso a superarla. En este sentido y durante una entrevista, Joel Surnow, co-creador y productor ejecutivo de la mítica serie televisiva *24*, se refirió a la televisión como “la nueva tierra de la oportunidad para la creación artística original (...) que permite a los artistas trascender las constricciones de Hollywood dictadas por la globalización económica” –citado por BARKER y ZAGALO<sup>565</sup> que, en este sentido, nos recuerdan cómo las series de televisión se han convertido, durante los últimos años, en una alternativa especialmente atractiva para las grandes figuras de Hollywood, desde el actor (v.gr., los ganadores del Oscar Mathew McConaughey, Kevin Spacey, Patricia Arquette y Halle Berry, que encarnan a los protagonistas en *True Detective*, *House of Cards*, *CSI* y *Extant*, respectivamente), hasta el guionista (v.gr., el también ganador del Oscar Allan Ball, guionista de *A dos metros bajo tierra*) y el director (v.gr., Mike Nichols, ganador del Oscar por *El Graduado*, dirigió a Mery Streep, Al Pacino y Emma Thompson, entre otros, en la exitosa miniserie de HBO, *Angels in America*).

Todo lo anterior tiene un reflejo evidente en el peso que la ficción televisiva (esencialmente las series) tiene en la audiencia de las cadenas, con un promedio anual para el periodo comprendido entre 1995 y 2011 del 32,6%<sup>566</sup>, muy por encima de la audiencia media de otros contenidos, como por ejemplo el deporte (9,3%<sup>567</sup>), al tiempo que refleja el mayor peso que, dentro de la ficción, dicho tipo de producciones estrictamente televisivas tiene en relación con las obras cinematográficas.

Las telenovelas, por su parte, y como formato específico de la ficción televisiva, constituyen otra importante fuente de ingresos para el radiodifusor. Su gran rentabilidad deriva de sus menores costes de producción –en comparación con otros productos de ficción (obras cinematográficas y series de drama, esencialmente)- y de su gran capacidad para fidelizar a la audiencia a la que se

---

<sup>564</sup> TOUS ROVIROSA, Anna, *La era del drama en televisión*, *óp. cit.*, pág. 82.

<sup>565</sup> BARKER, Anthony y ZAGALO, Nelson, *Television, Aesthetics and Reality*, Cambridge Scholars Press, Newcastle, 2006, pág. 166.

<sup>566</sup> Según datos de EGEDA, en *Panorama audiovisual 2012*, *óp. cit.*, pág. 557.

<sup>567</sup> Según datos de EGEDA, en *Panorama audiovisual 2012*, *óp. cit.*, pág. 526.

dirige. Ambas circunstancias provocan que un producto como este, surgido en Cuba en los años 1950 como una adaptación latina de la *soap-opera* estadounidense y se extiende rápidamente a todo el continente, se haya convertido en todo un fenómeno social, no ya en Latinoamérica, sino en prácticamente el mundo entero. Las grandes cadenas de televisión latinoamericanas se han especializado en este formato, hasta el punto de basar gran parte de su negocio en su producción y explotación, tanto doméstica como internacional. La mexicana Televisa (pionera en este formato televisivo) y la brasileña TV Globo son las principales productoras de telenovelas a nivel mundial, no en vano sus respectivos mercados generan unos ingresos publicitarios de 5.000 millones de dólares (Brasil) y de 2.000 millones (México) –cifras nada desdeñables, habida cuenta que la cifra de facturación por ingresos publicitarios del conjunto del sector televisivo (abierto y de pago) en España en 2013 ascendió a 3.294 millones de euros<sup>568</sup>, considerando todas sus emisiones (v.gr., ficción, deportes, entretenimiento, informativos). Conforme a nuestras estimaciones, Televisa acapararía un 70% del mercado publicitario mexicano, lo cual supondría unos ingresos anuales de 1.400 millones de dólares –a los que habría que añadir los ingresos obtenidos por las suscripciones a sus dos redes de televisión por cable, las exportaciones de telenovelas, e incluso su participación en los beneficios obtenidos por Univisión, la principal cadena de televisión en español de los EEUU, y de la que Televisa ostenta un 35% del accionariado<sup>569</sup>. Por su parte, los ingresos publicitarios obtenidos en 2013 por TV Globo en Brasil ascendieron a 3.000 millones de dólares, lo que representa un 60% del mercado publicitario del país.

Las impresionantes cifras de Televisa y TV Globo nos ofrecen una imagen, si quiera aproximada, de la dimensión económica adquirida por sus principales líneas de negocio: las telenovelas.

Resulta evidente, en definitiva, la afirmación con la que hemos iniciado este epígrafe, y es que el modelo de negocio televisivo se ha apoyado tradicionalmente en los contenidos integrados por interpretaciones audiovisuales, únicos con rentabilidad económica y solvencia clara, mas no solo para emisión de la propia empresa televisiva que los produce directamente o por encargo, sino también porque se trata de productos vendibles y exportables a otras cadenas u usuarios. El peso de tales producciones en la programación de las distintas cadenas de televisión, unido a sus datos de audiencia y a las cantidades invertidas por las televisiones en dichos productos, constituye

---

<sup>568</sup> Según datos publicados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), disponibles en <http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Telecomunicaciones/Informes/Informes%20Anuales/2014/Informe%20Telecomunicaciones%20CNMC%202014.pdf>.

<sup>569</sup> La facturación de Univisión en 2011 alcanzó los 2.180 millones de dólares, mientras que la de su principal competidora en el mercado hispanohablante de los EEUU, Telemundo, facturó 915 millones de dólares. Los ingresos brutos de Televisa, por todas sus unidades de negocio (incluida la editorial), en 2011, ascendió a 3.800 millones de dólares.

buena muestra de ello.

#### 4.2.2.2.- El mercado de la exhibición cinematográfica: 100% ficción.

El estudio de la relevancia económica de las interpretaciones audiovisuales en el mercado de la exhibición cinematográfica ha de efectuarse atendiendo tanto a datos cuantitativos de explotación, como a los ingresos o rendimientos obtenidos en taquilla.

En este sentido, puede afirmarse que la explotación de interpretaciones audiovisuales, tanto de imagen como de voz, en las salas de cine españolas presenta un carácter intensivo, al tratarse de un mercado dedicado en su totalidad a la exhibición de obras audiovisuales en su modalidad de largometrajes cinematográficos, con contadas excepciones de cortometrajes y películas documentales.

Así lo confirman los datos cinematográficos del mercado español para 2014, año en el que se exhibieron en España 1590 largometrajes con un volumen de recaudación de 518 millones de euros<sup>570</sup>.

Por consiguiente, la relevancia económica de las interpretaciones audiovisuales en este mercado es absoluta, al tener un 100% de explotación y una incidencia del 100% en los ingresos obtenidos en el mercado. Y es que no debe olvidarse que la totalidad de las obras exhibidas en España en las salas de cine incorporan interpretaciones audiovisuales, sean éstas únicamente de voz (por ejemplo, en las películas de animación o documentales) o de carácter completo (imagen y voz).

Pero no solo el ingreso de taquilla es consecuencia de la exhibición de las películas en las salas de cine, sino que tal modalidad de explotación genera otros ingresos indirectos nada desdeñables, especialmente por la venta de productos de restauración (*v.gr.*, palomitas de maíz, refrescos, etc.). Si bien el volumen de facturación por este concepto es muy variable, y depende en gran medida de las características de cada caso –espacio dedicado a la restauración, variedad de los productos, número de pantallas, características de las obras en pantalla, etc.-, lo cierto es que “nunca los ingresos que provienen de los bares y derivados (máquinas de autoservicio, espacios destinados a

---

<sup>570</sup> Conforme a los datos publicados por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/cine/mc/cdc/ano-2014.html>

golosinas y similares) superan a los que se obtienen de la venta de entradas en taquilla”<sup>571</sup>. Así, en un entorno especialmente proclive al consumo de tales productos (v.gr., un complejo multisala especializado en cine comercial, ubicado en el extrarradio de una gran ciudad), los ingresos derivados de su venta pueden suponer un 30% de los ingresos generados en taquilla. Ahora bien, cuestión distinta es el margen de beneficio, y ahí sí que la restauración supera muy ampliamente a la taquilla, convirtiéndose así en un elemento fundamental de la explotación, íntimamente vinculado o, si se prefiere, dependiente, de la exhibición de obras cinematográficas, y es que “sin películas no hay venta en los bares”<sup>572</sup>, como tampoco habría recaudación en taquilla.

#### 4.2.2.3.- El mercado digital: la revolución del “video a demanda”.

Finalmente, resulta necesario abordar cuál es la relevancia de las interpretaciones audiovisuales en el denominado “mercado digital”, es decir, en relación con las plataformas de televisión a la carta, también denominada “televisión conectada”, y con los servicios de acceso a contenidos audiovisuales, con o sin descarga, a través de Internet. Se trata, en definitiva, de la puesta a disposición interactiva.

En este sentido, cumple señalar que, al igual que en el ámbito televisivo, la naturaleza y tipología de las distintas plataformas resulta crucial para determinar la relevancia económica que presentan en las mismas la explotación de interpretaciones audiovisuales, siendo complejo establecer un análisis que arroje datos para el conjunto de todas ellas.

Ante tal situación, cabría diferenciar aquellas plataformas cuyos contenidos se circunscriben a la explotación de ficción, en las que, obviamente, la relevancia de las interpretaciones audiovisuales resulta absoluta, cifrándose en el 100% del total de los contenidos puestos a disposición (por ejemplo los servicios de *video online* de las empresas *Wuaki TV*, *Filmin*, o *Filmotech*, entre otras) frente al resto de plataformas en las que los contenidos ofertados se corresponden con diversos géneros televisivos y de ficción, como es el caso del conocido portal *Youtube* o la denominada *Televisión a la Carta* ofertada por los portales de Internet de los canales de televisión generalistas en España.

---

<sup>571</sup> Así lo sostiene el prestigioso analista de taquilla HERBERA, Juan, en *Algo más que vender palomitas*, artículo publicado en el blog de RTVE el 29 de febrero de 2012, disponible en <http://blog.rtve.es/estrenos/2012/02/algo-más-que-vender-palomitas.html>

<sup>572</sup> *Ibid.*

El caso *Netflix*, de inminente implantación en España, es un modelo de negocio de televisión por Internet basado exclusivamente en contenidos de ficción audiovisuales. Si bien aún no hay datos en España, lógicamente, sí de otros países en los que está teniendo un gran nivel de penetración, hasta alcanzar un volumen de clientes, a 31 de diciembre de 2014, de más de 57 millones, con una facturación, a lo largo de 2014, de 5.500 millones de dólares<sup>573</sup> -mostrando, además, una tendencia claramente alcista en ambos frentes. No en vano *Netflix* se ha convertido en el principal proveedor en línea de obras cinematográficas y de ficción televisiva libre de publicidad –su servicio es de suscripción.

Hoy día *Netflix* es en uno de los principales competidores de los operadores tradicionales de televisión y cable, si bien fueron estos últimos los que permitieron su entrada en el mercado. Efectivamente, su entrada en el mercado fue vista por aquellos como una oportunidad para que el público pudiera ponerse al día (*catch up*) con sus series o programas, de tal suerte que eventualmente terminarían por abonarse al servicio de televisión o cable correspondiente. Ello permitió a *Netflix* construir un repositorio enorme de obras cinematográficas y televisivas, ofreciendo así al público una fuente lícita de contenidos, personalizando la oferta a cada cliente mediante el empleo de algoritmos basados en la calificación dada por el propio cliente a cada obra consumida. Además, *Netflix* ofrece una aplicación propia para las *smart TVs*, así como *AppleTV*, facilitando así la experiencia al cliente, y más recientemente ha establecido acuerdos de colaboración con los principales operadores de telecomunicaciones<sup>574</sup> (especialmente en el ámbito de la telefonía móvil). Todo ello provocó que los operadores de televisión y cable dejaran de ver a *Netflix* como un mero complemento a sus modelos de negocio, y comenzaran a considerarle un competidor, especialmente a partir de su decisión de comenzar a crear contenido propio –contenido que además está basado en las preferencias de sus clientes, a través de sus calificaciones y el precitado algoritmo. Así, *Netflix* advirtió que un drama político, protagonizado por el oscarizado Kevin Spacey, tendría éxito entre la mayor parte de sus suscriptores, y decidió producir la exitosa serie *House of Cards*. Actualmente está produciendo *Marco Polo*, una de las series televisivas más caras de la historia, con un coste de producción por capítulo de 9 millones de dólares. Esta circunstancia, además, supone la apertura de una nueva línea de negocio para *Netflix*, que como productor de contenidos propios bien podrá empezar a licenciarlos a otros canales.

*Netflix*, y sus principales competidoras (*Hulu* y *Amazon Prime*), constituyen, en definitiva, el

---

<sup>573</sup> Datos disponibles en <http://ir.netflix.com/results.cfm>

<sup>574</sup> Virgin Media y British Telecom en el Reino Unido; Deutsche Telecom en Alemania; Bouygues, SFR y Orange en Francia; Proximus en Bélgica; y DISH en los EEUU.

caso paradigmático de la televisión por Internet, y del peso que en este modelo tiene la ficción, ocupando el 100% de la programación.

Ahora bien, el mercado digital admite otros modelos, como el que ofrece en España *Movistar +*, y que si bien basa la mayor parte de su oferta en la ficción, también incluye otros contenidos y servicios. Es precisamente en las plataformas con diversidad de contenidos donde resulta más relevante determinar el peso de las interpretaciones audiovisuales, siendo varios los estudios que elevan una vez más los géneros que las contienen como los predominantes tanto en volumen de contenidos ofertados, como en su consumo o visionado efectivo. Así, en 2014 el cine y las series de televisión son los contenidos más visualizados en estas plataformas en su conjunto, registrando porcentajes de acceso o utilización del 50% frente a informativos y noticias situados en un 24% del consumo<sup>575</sup>.

El consumo de productos que integran interpretaciones audiovisuales es evidente en el caso de Internet. Así, los contenidos más vistos en el canal *YouTube* son los videos musicales, encabezando el ranking la danza del surcoreano PSY en *Gangnam Style*, con cerca de 2.500 millones de accesos, seguido por los videoclips *Baby* (Justin Bieber) y *Dark Horse* (Katy Perry), con más de 1.200 millones de accesos cada uno –con cifras parecidas a esta última encontramos otros videoclips, como *Waka Waka* (Shakira) o *Bailando* (Enrique Iglesias)<sup>576</sup>. Si bien el carácter audiovisual de las interpretaciones que integran tales contenidos, más allá de lo estrictamente musical, está fuera de toda discusión –no en vano el usuario de *YouTube* busca la imagen, no el sonido-, cumple advertir que con cifras también elevadas encontramos interpretaciones estrictamente actorales, como lo son los vídeos de los Morancos (algunos de ellos con más de dos millones de accesos, v.gr., *Mangando* y *La Pelotera*<sup>577</sup>) y los monólogos del *Club de la Comedia*<sup>578</sup> (también alcanzando el millón de accesos).

En todo caso, diversos estudios de mercado revelan que la mayor parte de los contenidos audiovisuales a los que accede el público en Internet son, de hecho, contenidos que incorporan interpretaciones audiovisuales, y hasta un 10% de los accesos totales son a contenidos de ficción televisiva con una antigüedad menor a los siete días, desde su primera emisión por televisión<sup>579</sup>.

---

<sup>575</sup> *Estudio TV Conectada y Video Online 2014 IAB*, Ed. Interactive Advertising Bureau, Madrid, 2014, pág. 12.

<sup>576</sup> Datos disponibles en <https://www.youtube.com/playlist?list=PL8A83124F1D79BD4F>

<sup>577</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=fEkizbh-iWs>

<sup>578</sup> [https://www.youtube.com/results?search\\_query=club+de+la+comedia](https://www.youtube.com/results?search_query=club+de+la+comedia)

<sup>579</sup> RODRÍGUEZ DEL PINO, Daniel, MIRANDA VILLALÓN, José Antonio, OLMOS HURTADO, Antonio y ORDIZGOITI DE LA RICA, Rafael, *Publicidad on line*, colección Libros profesionales de empresa, 3ª ed., ESIC, Pozuelo de Alarcón, 2014, pág. 16.



El crecimiento exponencial de Internet, su rápida penetración en los hogares españoles, y la preferencia del público por los contenidos audiovisuales, está provocando un desplazamiento paulatino de los ingresos por publicidad, de la televisión al entorno de Internet. Y así, durante 2012 la inversión en Internet ascendió a 885,7 millones de euros, lo que consolida a este nuevo medio como segundo por inversión, por detrás tan solo de la televisión, con unos ingresos por publicidad, como hemos dicho *ut supra*, de poco más de 1.500 millones de euros (en el caso de las televisiones en abierto). Es decir, la inversión en publicidad en Internet es un 60% de dicha inversión en la televisión –si bien es cierto que aquélla se distribuye en multitud de sitios Web que poco o nada tienen que ver con la explotación de contenidos audiovisuales, pero que en todo caso pone de relieve la importancia adquirida por este nuevo entorno, que se constituye como principal amenaza para los canales tradicionales de emisión televisiva.

#### **4.2.3.- El peso de la industria televisiva audiovisual en la economía nacional.**

Según hemos indicado *ut supra*, el sector audiovisual facturó en España, durante 2013, 3.812 millones de euros<sup>580</sup>, considerando a estos efectos únicamente los ingresos en taquilla, los ingresos publicitarios de la televisión en abierto y los ingresos por publicidad y suscriptores en la televisión de pago. A partir de los datos analizados en los epígrafes anteriores podríamos anticipar: (1) si la explotación de ficción y demás contenidos que integran interpretaciones audiovisuales constituyen el 100% de la recaudación en taquilla y alrededor del 70% de los ingresos de televisión, los ingresos generados por dichos contenidos en 2013 ascendieron a 2.988 millones de euros; (2) si el peso de las interpretaciones audiovisuales, ya sea conforme a un enfoque de costes o de mercado, es directamente proporcional al rendimiento económico derivado de la explotación, aquéllas se tradujeron en más de 1.100 millones de euros de ingresos directos; y (3) los ingresos del sector audiovisual arriba definido representaron en 2013 el 0,36% del PIB español, mientras que los ingresos directamente atribuibles a las interpretaciones audiovisuales (según las estimaciones expuestas) habrían supuesto el 0,11% de dicho PIB.

Cifras estas nada desdeñables, toda vez que tanto el manual metodológico desarrollado por la UNESCO para la determinación de los principales indicadores económicos de la cultura<sup>581</sup> como el Sistema de Cuentas Nacionales 2008 elaborado bajo los auspicios de la ONU, la Comisión

---

<sup>580</sup> De los que 518 millones fueron la recaudación en taquilla (según datos publicados por el el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/cine/mc/cdc/ano-2014.html>), 1.579 millones fueron los ingresos publicitarios obtenidos por la televisión en abierto (según datos de la CNMC, en <http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Telecomunicaciones/Informes/Informes%20Anuales/2014/Informe%20Telecomunicaciones%20CNMC%202014.pdf>) y 1.715 fueron los ingresos obtenidos por las televisiones de pago (*id.*).

<sup>581</sup> *Indicadores de Cultura para el Desarrollo – Manual Metodológico*, publicado por la UNESCO, París, 2014, disponible en <http://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital-library/IUCD%20Manual%20Metodologico.pdf>

Europea, la OCDE, el FMI y el Banco Mundial<sup>582</sup>, imponen la necesidad de considerar, a los efectos de calcular el peso de un sector (en este caso el audiovisual) en el conjunto de la economía nacional, el denominado “ciclo cultural”, esto es, todos los procesos o etapas interconectadas que conforman la cadena de valores o la oferta del bien cultural concreto (la obra audiovisual). Ello supone la necesidad de incluir en el cálculo al conjunto de la industria audiovisual, desde la producción hasta la distribución –v.gr., maquilladores, diseñadores, distribuidores, venta al público, etc.

Así considerado el sector audiovisual, y conforme a los datos publicados por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, la aportación del sector “Audiovisual y multimedia” al PIB español de 2012 se cifró en un 0,83% (lo que supone una cifra absoluta próxima a 8.760 millones de euros), situándose así en segundo lugar, tras el sector “Libros y prensa”, de todos los sectores que integran la Cuenta Satélite de la Cultura en España<sup>583</sup>. Así, según dichos datos<sup>584</sup>, el sector cultural en su conjunto (incluidas las actividades económicas vinculadas con la propiedad intelectual) supuso un 3,4% del PIB español de 2012. Por sectores culturales, el sector “Libros y prensa” aportó al PIB un 1%, equivalente al 39,1% del conjunto de las actividades culturales, siguiéndole muy de cerca, y con una aportación del 24,2%, el sector “Audiovisual y multimedia”. A este último hay que sumar el 8,3% que representa el sector “artes escénicas”, por lo menos en lo que teatro y danza se refiere, lo cual supone un mayor impacto del audiovisual en el PIB, ciertamente próximo al 1%.

Para poder valorar la magnitud de este dato, basta con ponerlo en relación con la aportación de otros sectores al PIB español. Así, el de la agricultura, ganadería y pesca supuso un 2,5%, el de la industria química un 1%, y el de las telecomunicaciones un 1,7%. Podemos concluir, entonces, que el sector cultural en su conjunto, con un 3,4% del PIB, representa una de los principales motores de la economía española y, dentro de ese sector, el audiovisual (incluido el de artes escénicas) adquiere un peso de gran relevancia (el 32,5% del PIB cultural), lo que supone, como hemos dicho, casi el 1% del PIB nacional.

Ahora bien, si la anterior aportación directa del sector audiovisual al PIB es ya relevante, su contribución indirecta puede ser mucho mayor, pues a través de la imagen España –como

---

<sup>582</sup> Disponible en <http://unstats.un.org/unsd/nationalaccount/docs/SNA2008Spanish.pdf>

<sup>583</sup> Definida como una operación estadística perteneciente al Plan Estadístico Nacional, desarrollada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en colaboración con el Instituto Nacional de Estadística, al objeto de proporcionar un sistema de información económica que permita estimar el impacto de la cultura sobre el conjunto de la economía española.

<sup>584</sup> Anuario de estadísticas culturales 2014, elaborado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación Cultura y Deporte –disponible en [http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/naec/2014/Anuario\\_de\\_estadisticas\\_culturales\\_2014.pdf](http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/naec/2014/Anuario_de_estadisticas_culturales_2014.pdf)

cualquier país- coadyuva sobremanera a “vender” el resto de productos agrarios, industriales o el propio turismo –en cuanto que verdadero motor de la economía nacional. Y si el turismo aporta en torno al 11% al PIB nacional<sup>585</sup>, en dicha contribución ha incidido más que cualquier otro elemento el sector audiovisual, en la medida, además, de que la cultura –junto con el sol, las playas y la gastronomía- es el elemento más determinante para el turista extranjero y el nacional, sucede, asimismo, que la mayor parte de esa cultura, gastronomía, clima y naturaleza llega a la mente del potencial turista a través de las imágenes en movimiento que elabora y difunde el medio audiovisual en todos sus formatos. Esa es también la base de la economía y del turismo en EEUU, siendo el primer país que más ingresos obtiene por turismo internacional (126.200 millones de dólares), ranking en el que España ocupa el segundo lugar mundial (55.900 millones de dólares)<sup>586</sup>.

En suma y una vez más, la extraordinaria virtualidad económica y social de las interpretaciones audiovisuales, ya sea cuantitativa o cualitativa, así como su especial capacidad para generar ingresos y para dinamizar el resto de sectores económicos, mucho más allá de sus contribuciones directas al PIB, la sitúan muy por encima de otras formas expresivas y artísticas, y constituye una fuente de ingresos y generación de riqueza del primer orden económico, cultural y social; todo lo cual, amerita un tratamiento normativo acorde con esta dimensión y con la intensidad de su tráfico jurídico en todas las ventanas de explotación de mayor alcance de nuestros tiempos: televisión en todos sus formatos, exhibición pública, Internet, telefonía, etc.

#### **4.3.- La dimensión sociológica de las interpretaciones audiovisuales.**

Habiendo realizado el análisis de la dimensión económica en los epígrafes anteriores, quedaría por exponer, siquiera brevemente, la específica dimensión sociológica de las interpretaciones audiovisuales, con el propósito de poner de manifiesto que el elemento cultural o espiritual con el que el público se siente más identificado es precisamente la imagen que ofrece el actor o la actriz a través del personaje que encarna. Y es que si cada civilización tiene una cultura, y ésta la definimos como el conjunto de costumbres, normas y reglas que dictan, siquiera informalmente, la manera de comportarse, de ser, de hablar e incluso de vestirse, no hay en nuestra era (del audiovisual o de la imagen en movimiento) mejor modelo que el actor.

---

<sup>585</sup> Según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), disponibles en [http://www.ine.es/prodyser/espa\\_cifras/2014/files/assets/basic-html/page51.html](http://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2014/files/assets/basic-html/page51.html)

<sup>586</sup> Además, España ocupa la cuarta posición en el ranking internacional de llegadas de turistas extranjeros (57,5 millones), por detrás de Francia, EEUU y China, según datos de la OMT para 2012 – disponibles en [http://www.ine.es/prodyser/espa\\_cifras/2014/files/assets/basic-html/page51.html](http://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2014/files/assets/basic-html/page51.html)

En esos términos, el actor tan solo tiene un competidor efímero y relativo como es el deportista de élite. Efímero por cuanto que su carrera y fuerza mediática es más corta que la trayectoria de los actores. Y relativa porque el deporte profesional, salvo contadas excepciones, se vinculan a un club, una ciudad o un país, ámbitos éstos en los que la imagen del deportista adquiere una gran fuerza, pero no va más allá de determinados parámetros. En tanto que las grandes estrellas del cine o de la ficción televisiva son cuasi universales y más neutros a la hora de transmitir pautas de conductas y, claro es, de consumo.

En España, una amplia encuesta realizada por TNS para AISGE en marzo de 2007 puso de relieve que para el 66% de los espectadores, los actores y actrices tienen bastante o mucha importancia a la hora de decantarse por una u otra obra audiovisual, siendo el elemento más decisivo de tal elección para el 39,6% de las personas encuestadas.

La encuesta pública elaborada al mismo efecto por TheRanking.com<sup>587</sup>, dirigida a todos los internautas, arroja las mismas conclusiones. Así a la pregunta “¿qué factor es más factible para una película sea un éxito de taquilla?”, y tras descontar factores que vienen dados por el resto de circunstancias consideradas por la encuesta (v.gr., que se trate de una “superproducción”, o que el origen de la obra sea de un determinado país), el 27,62% de los encuestados se inclinan por el elenco actoral, dividido en dos categorías: “el actor o la actriz del momento” (16,60%) y “los coprotagonistas, la pareja o el elenco” (11,02%) – la combinación de ambas se ubica muy por encima de la posición que ocupa la dirección (6,41%) e incluso el argumento (11,71%).

Datos que igualmente corrobora la encuesta de opinión elaborada por METROSCOPIA en 2009<sup>588</sup> a 3200 ciudadanos, y de la que resulta que entre todos los factores a considerar por el público para asistir a una sala de cine o ver una película en televisión destaca el género de la obra y, fundamentalmente, el elenco de actores, hasta el punto que éstos obtienen la máxima calificación del público, “sobresaliente”, con una puntuación media de 7,1 sobre 10.

La opinión del público, en definitiva, es el factor más decisivo en la fase de explotación de las obras audiovisuales, y su valoración se sitúa por encima de cualquier otra aportación creativa. Esta es una realidad que, como se ha expuesto, no desconoce el productor que invierte, hasta el punto de que ni en España, ni en la UE ni en EEUU se pone en marcha un proyecto cinematográfico sin el compromiso escrito de los actores, en consideración a la popularidad de

---

<sup>587</sup> Disponible en [http://www.theranking.com/que-factor-es-mas-factible-para-que-una-pelicula-sea-un-exito-de-taquilla\\_r7821](http://www.theranking.com/que-factor-es-mas-factible-para-que-una-pelicula-sea-un-exito-de-taquilla_r7821)

<sup>588</sup> *La imagen del cine español en la sociedad española*, encargada por la entidad de gestión de los productores audiovisuales, EGEDA, y por Fundación AISGE.

éstos (“tirón de taquilla”), etc., conscientes de que la explotación del producto depende en gran medida del elemento actoral. Son los actores los que más determinan la decisión del público para consumir una u otra película, son los actores los que se obligan por contrato a promocionar la obra durante varios meses para que la misma alcance el máximo nivel de explotación, los “trailers” de las películas se construyen, normalmente, extrayendo los momentos más intensos de la intervención actoral, etc. Es el actor, partiendo de un guión –obra literaria- y con las pautas del director, el que construye el personaje y lo encarna en la forma en que luego se va a identificar el espectador. Esa es la magia del cine y los actores son sus protagonistas indiscutibles.

De las conclusiones extractadas de los precitados estudios o encuestas elaborados por TNS, TheRanking.com, y Metroscopia, así como de los datos que hemos puesto de relieve en los epígrafes anteriores sobre el peso del actor en la ficción televisiva, puede afirmarse que el principal aspecto que el público tiene en cuenta a la hora de elegir una obra audiovisual son los actores y actrices, a los que dicho público da mayor importancia, por lo que su valor intangible, a la hora de dar una dimensión económica a la obra audiovisual nos hace reflexionar sobre el valor principal de la interpretación audiovisual sobre otros factores de la película.

El interés social que suscitan los contenidos audiovisuales y más particularmente los actores y actrices es evidente, tal y como vienen reflejando los referidos índices de audiencia. Esta realidad se hizo particularmente evidente con el denominado *star system* (o “sistema de estrellas”) que pusieron en marcha los grandes estudios cinematográficos estadounidenses durante la denominada *era dorada de Hollywood* de los años 1930, y que consistía en la creación, promoción y explotación de la imagen de sus actores –a los que los propios productores comenzaron a denominar “estrellas”, en referencia a su condición de elementos más brillantes de las obras. Así, los productores asignaban a *sus* estrellas un nombre artístico, las sometían a cambios estéticos, e incluso reinventaban su pasado. El caso más paradigmático quizás sea el de Rita Hayworth. Hija de un bailarín español que emigró a los EEUU, Margarita Carmen Cansino fue contratada por Columbia en 1937. Los estudios Columbia estaban buscando una nueva estrella que pudiera rivalizar con las de sus competidores, pero para ello era preciso en primer lugar transformar a la hispana Margarita Cansino en la anglosajona Rita Hayworth, y a tal fin se sometió a una dieta drástica, a un tratamiento de electrólisis (haciendo retroceder el nacimiento de su pelo y lograr así una frente más despejada), a la extracción de varias muelas (perfilando su mandíbula) y al tinte de su pelo. Con independencia de la opinión que ello nos pudiera merecer, lo cierto es que Columbia no hizo nada que no estuvieran haciendo también el resto de estudios de Hollywood, esto es, seleccionar jóvenes actores y actrices para convertirlos

en estrellas, en personajes públicos. Otros actores del *star system* fueron Cary Grant, Joan Crawford y Rock Hudson, por ejemplo.

Pero el *star system* iba más allá de la creación de la estrella, y de su formación artística, poniendo su mayor énfasis en la imagen que el actor o la actriz proyectaba al público, incluso en su vida privada. “Las mujeres debían comportarse como damas: nunca salir de sus respectivas casas sin arreglarse a la perfección, maquilladas y llevando prendas de diseñador, mostrarse impecables. Asimismo, los hombres debían ser vistos en público como caballeros: educados, gentiles y respetables. Además, los ejecutivos de los estudios, relaciones públicas y agentes de publicidad, debían trabajar en conjunto para cubrir eventuales incidentes o estilos de vida que pudieran dañar la construcción de la imagen de este personaje. Por ejemplo, a las estrellas masculinas (especialmente frente a rumores de homosexualidad), solían arreglarles citas con jóvenes actrices para generar publicidad, procurando informar previamente a la prensa amarillista y a los paparazzi para que estos capturaran el momento. Asimismo, cuando una estrella tenía problemas de drogas, alcohol, un divorcio o había cometido adulterio, se sobornaba a la prensa y se conseguían falsos testigos para constatar que todo esto no era real”<sup>589</sup>.

El *star system* termina entre 1950 y 1960, principalmente porque los actores y actrices comenzaron a rotar, ya no permanecían fieles a un mismo estudio (el que los *creo*), pero también por la aparición de nuevas “estrellas”, las televisivas –y, en menor medida, las deportivas. Pero las estrellas, de cine o televisión, no dejaron de brillar, y seguían suscitando el interés del público, que tuvo su punto álgido con el enlace matrimonial entre Grace Kelly y el Príncipe Rainiero de Mónaco en 1956.

Ahora bien, la pérdida de la “exclusividad” de los estudios sobre sus estrellas, así como la aparición de nuevas caras famosas en la televisión, fueron dos circunstancias que supieron aprovechar los publicistas para colocar en el mercado los productos de sus clientes, a través de la influencia que los actores y actrices tienen sobre la sociedad –quien más o quien menos ha intentado emular en algún momento de su vida a los actores o actrices que veía en la pantalla, ya fuera el peinado, la forma de fumar, de hablar, etc.

---

<sup>589</sup> SOUSE, Camila, *El star system y la moda: la influencia de los ídolos y las estrellas de cine en la moda*, Tesis presentada ante la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2010, págs. 20 y 21.

Esta circunstancia, además de añadir valor económico (en términos publicitarios o de imagen) a las interpretaciones audiovisuales, dota a éstas de un componente sociológico de gran calado, que bien merecería una tesis completa.

Y es que en íntima relación con el interés que suscita el paso de los actores y actrices por la “alfombra roja” en cualquier gala o estreno, así como sus apariciones en la prensa (diaria, especializada o incluso “amarilla”), nos recuerda PRINGLE que existe “una profunda necesidad humana en generar estas figuras icónicas, en adorarlas”<sup>590</sup>. Millones de personas quieren imitar la apariencia personal de los actores, y están dispuestos a invertir dinero en ello, en la medida en que entiende que pareciéndose a ellos sacarán un mayor partido a su personalidad, sintiéndose así aceptados o deseados. La misma autora nos revela varios ejemplos de esta circunstancia; por ejemplo cómo el “hombre real” se ha convertido en el “hombre nuevo” o, más recientemente, en el “metrosexual”, que admite comportamientos tradicionalmente considerados afeminados. Ya no está de moda el físico de Arnold Schwarzenegger, sino la sensibilidad de Leonardo di Caprio<sup>591</sup>, o cómo las actrices han influido en la moda, hasta el punto de que entre las 100 mujeres que se considera han tenido un mayor impacto en la moda del último siglo la gran mayoría son actrices<sup>592</sup>.

Los actores y actrices son, en definitiva y como apuntábamos *ut supra*, la imagen de nuestra cultura, marcando así las tendencias estéticas, los hábitos y el comportamiento de la sociedad en su conjunto.

No en vano el mayor gasto medio por hogar vinculado a la cultura viene dado por los contenidos audiovisuales, según se desprende de la Encuesta de Presupuestos Familiares del Plan Estadístico Nacional<sup>593</sup>. Así, en 2013 el gasto de los hogares en bienes y servicios culturales ascendió a 12.261 millones de euros, lo que representa el 2,5% del gasto total por hogar en bienes y servicios. El gasto medio en cultura por hogar se situó en 673,30 euros, y por persona en 265,70 euros, siendo los componentes más significativos el “Libro y publicaciones periódicas” (15,8% del gasto), seguido por los “Equipos audiovisuales e Internet” (43,9% del gasto) y por los “servicios culturales” (33,6% del gasto).

---

<sup>590</sup> PRINGLE, Hamish, *Celebrity Sells*, Ed. John Wiley & Sons, Chichester, 2004, pág. 5.

<sup>591</sup> PRINGLE, Hamish, *Celebrity Sells*, *óp. cit.*, pág. 40.

<sup>592</sup> PRINGLE, Hamish, *Celebrity Sells*, *óp. cit.*, págs. 24-25.

<sup>593</sup> Datos disponibles en el Anuario de estadísticas culturales 2014 del Ministerio de Educación Cultura y Deporte –disponible en [http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/naec/2014/Anuario\\_de\\_estadisticas\\_culturales\\_2014.pdf](http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/naec/2014/Anuario_de_estadisticas_culturales_2014.pdf)

En relación con estos últimos, el gasto total en 2012 se cifró en 4.181 millones de euros, 1.513 millones se correspondieron con cines (en torno a los 500 millones), teatros y otros similares; y 1.260 millones con cuotas de suscripción a servicios de televisión (abonos y accesos puntuales). Es decir, los hogares españoles se gastaron 2.773 millones de euros en consumo de contenidos audiovisuales, un 66% del gasto total en “servicios culturales”. A esa cifra hay que añadir el gasto en equipos de imagen y sonido (televisores, pantallas, proyectores, etc.), ascendente a 1.328 millones de euros, en equipos fotográficos y cinematográficos, por un total de 337 millones de euros, y gastos de acceso y tratamiento de información en Internet, ascendente a 4.306 millones de euros –todo ello conforma la precitada partida “Equipos audiovisuales e Internet”, y que representa el 43,9% del gasto medio por hogar español en cultura.

Aún a riesgo de reiterarnos, estos datos ponen de relieve tanto la dimensión económica de las interpretaciones audiovisuales (en la medida en la que determinan el comportamiento del consumidor y, por tanto, su gasto en contenidos audiovisuales), como sociológica, habida cuenta que el consumo en cultura de los hogares españoles se ha desplazado al audiovisual en su conjunto (*v.gr.*, cine, televisión, plataformas digitales, etc.). Este comportamiento del consumidor individual no es sino fiel reflejo de lo que venimos comentando en páginas anteriores: la cultura de nuestra civilización es audiovisual, y en ellas los actores y actrices desempeñan un papel fundamental, tanto económico como social.

## **5.- CONCLUSIONES Y PREMISAS FUNDAMENTALES.**

De cuanto se ha expuesto, argumentado y acreditado a lo largo del presente Capítulo se infieren por su peso las siguientes premisas fácticas fundamentales, a modo de conclusiones:

- 1<sup>a</sup>.- Con carácter universal y esencial, la creatividad significa alumbrar o engendrar –crear- algo nuevo que antes no existía o existía en otra forma. Siendo así que la creatividad puede ser definida como la capacidad intelectual para generar un cambio o una transformación mediante el establecimiento de ideas, conceptos, asociación de ideas y conceptos preexistentes, pensamientos, argumentos, formas, procesos, etc., novedosos y originales.
- 2<sup>a</sup>.- Todo proceso creativo, pues, va a consistir en identificar un problema o un objetivo complejo y resolverlo de modo original, pero la creatividad solo puede ser reconocible y apreciada por los demás cuando se externaliza la solución original y se la dota de una forma



específica y perceptible por los sentidos, lo cual implica un proceso con tres fases, ya se trate de la creatividad científica, artística u ordinaria.

3ª.- Las tres fases de todo proceso creativo pueden ser delimitadas en la siguiente forma: a).- *fase preparatoria o indagatoria* del problema y de recopilación de toda la información precisa a través de los sentidos, para que sea almacenada en la memoria y de ahí al cerebro, consciente e inconsciente, irá ordenando, trabajando y perfilando posibles soluciones; b).- *fase de creación o idealización mental de la solución* a través de la imaginación – pensamiento en imágenes- (para identificar el problema o el objetivo se precisa de diversas capacidades como la inteligencia, la memoria, la intuición, la imaginación, la abstracción, etc.; y para resolverlo adecuada y originalmente hacen falta esas mismas capacidades orientadas a la búsqueda y expresión -exteriorización- de una idea, un concepto, un proceso, una forma, una estructura, un fundamento nuevos); c).- *fase de plasmación o externalización de la idea o solución*, a cuyo fin el sujeto creador se vale de instrumentos y de su propia técnica artística o científica para configurar la solución, la idea o la creación en una forma perceptible por los demás y adquiera así entidad propia. Si la búsqueda de la solución llega a buen puerto y se halla, dicho hallazgo constituye un cambio que denominamos creación, siempre que dicha solución sea nueva u original y se externalice eficazmente.

4ª.- El proceso creativo es idéntico, asimismo, en todas las manifestaciones artísticas. De ahí derivamos dos premisas, y la vez conclusiones, de extraordinario valor, a saber: a).- que el resultado creativo digno de amparo jurídico es siempre fruto de la mente del hombre y de su actividad física que lo ejecuta y lo da forma o realidad externa, lo cual acontece en todas las formas de creación artística, científica, industrial, etc.; y que, b).- el proceso creativo en todas las manifestaciones artísticas es muy similar, todas o casi todas –en terminología aristotélica- son imitación (mímesis), esto es, representan la realidad o la naturaleza mediante un artificio o ficción, sin que las diferencias de objeto, medios y formas de imitación justifiquen una suerte de consideración jerarquizada de méritos o valores que puedan trascender al campo jurídico para, a su vez, justificar un tratamiento normativo también diferenciado.

5ª.- La actividad artística del actor es eminentemente creativa *per se* e inexorablemente original y personalísima, pues la plasmación o externalización de sus ideas –de su personaje concebido- la lleva a cabo comúnmente a través de recurso expresivos que constituyen atributos de su personalidad como la voz, la mirada, el gesto, el movimiento, el ritmo, la

pausa, el silencio, la apariencia física y su singular caracterización. De entre todas las formas de creación artística, la del actor tal vez sea la que entraña mayores dificultades en su fase de externalización y la que mayor implicación exigen de los elementos personalísimos del creador, pues su instrumento de expresión suele ser su cuerpo en todas sus dimensiones.

- 6ª.-** El proceso creativo de actor en general y del actor que actúa su personaje o su acción dramática ante y/o para la cámara, se desarrolla en plenitud durante las tres fases propias de todo proceso creativo, a saber: a) *fase de preparación*, que comprende la preparación técnica del cuerpo y la mente del actor para poder encarnar y expresar un personaje, así como la interpretación –digamos hermenéutica, para distinguirla de la artística- del texto literario previo en el que describe en dicha forma el personaje en potencia; siendo propio también de esta fase la búsqueda de diversos elementos para incorporarlos a la concepción de un nuevo personaje que será el objeto de su actuación; b) *fase de construcción o creación*, propiamente dicha, del personaje audiovisual, a cuyo fin la mente – y muy especialmente la imaginación- elabora, construye en imágenes –idealiza- la configuración técnica, formal y espiritual del personaje que ha de ser actuado, aportando soluciones concretas para que el personaje literario que antes existía solo en potencia adquiriera todos los elementos necesarios que le aporta el actor para transitar hacia el acto o perfección del nuevo personaje vivo y audiovisual que, e manera inminente, se va convertir en acto, en perfección y culminación; c) *fase de actuación* –acto en sentido aristotélico- o interpretación artística del personaje audiovisual, en la que se externaliza dicho personaje dotado ya de vida, psicología y sentimientos por parte del actor, para transmitir todo el contenido dramático requerido.
- 7ª.-** Existe un consenso prácticamente unánime en la dogmática teatral y dramática, actoral y artística, así como entre los teóricos y críticos teatrales, cinematográficos y televisivos en torno al carácter eminentemente creativo del actor y en delimitación técnica de las tres fases de su proceso creativo, así como de concurso esencial para la conceptualización y conformación de la propia obra teatral o audiovisual, y de su efecto catalizador de los demás elementos creativos de dichas modalidades de obras o creaciones intelectuales.
- 8ª.-** Se halla fuera de toda duda, asimismo, el valor protagónico que el actor ostenta desde todas las dimensiones –creativa, artística, económica y social- y perspectivas que se estudie la incidencia de la interpretaciones audiovisuales, ya se integren en una obra de tal naturaleza o se fijen de manera autónoma e independiente en un soporte, dispositivo, sistema o medio audiovisual que la haga susceptible de ser reproducida, explota y percibida.

- 9ª.-** En efecto, la aportación del actor y de la actriz a la obra audiovisual recibe una valoración muy superior, tanto por el productor como por el público, a la de los autores nominales de la obra, y sin embargo estos últimos tienen reconocido un mejor derecho sobre la explotación de la obra y una posición preeminente en el mercado y en la atribución de rendimientos económicos, consecuencia de un reconocimiento legal más temprano y de la posición que han ostentado hasta la fecha las entidades de gestión de los derechos de los autores en contraposición con la adquirida por las entidades de gestión de los derechos de los artistas.
- 10ª.-** En cualquier caso, tales efectos contrastan sobremanera, y a mayor abundamiento, con el hecho de que las interpretaciones audiovisuales constituyen un factor económico de primer orden, con un peso específico, y muy superior al de otros colectivos, en un sector audiovisual que aporta directamente un 1% del PIB, con especial incidencia indirecta en sectores de alto nivel estratégico y macroeconómico como el turístico, el exportador y el del consumo interno de bienes y servicios; sin perjuicio, claro es, -dentro del ámbito del interés general y político-, de sus efectos identitarios, integradores y vertebradores del Estado.
- 11ª.-** Los actores y actrices marcan la tendencia de cada momento y, con ello, las expresiones culturales de la sociedad. Su imagen adquiere un valor propio, capaz de generar ingresos en cualquier sector de la economía.
- 12ª.-** Por todo lo cual, resulta imperativo proteger dicha actividad creativa, siquiera mediante el reconocimiento al actor de derechos equivalentes a los del autor nominal, al tiempo que será preciso poner fin y superar la profunda contradicción que media entre la dimensión creativa, artística, cultural, económica y social que han adquirido las interpretaciones audiovisuales en las últimas décadas y el tratamiento escaso, discriminatorio y, en ocasiones, peyorativo que tales creaciones han recibido del legislador y de la doctrina científica, principalmente.

## CAPÍTULO IV

# LOS DERECHOS PATRIMONIALES SOBRE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES

## 1.- APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL: ESQUEMA GENERAL.

La propiedad intelectual (en su vertiente comprensiva de los derechos de autor y los derechos conexos) está integrada por facultades<sup>594</sup> de carácter personal, moral o espiritual y patrimonial<sup>595</sup>, que atribuyen al creador (o titular) la plena disposición<sup>596</sup> y el derecho exclusivo o de remuneración para participar económicamente de la explotación de la creación o prestación<sup>597</sup>, sin

<sup>594</sup> Conviene precisar que, de manera generalizada –así acontece respecto a las disposiciones de carácter normativo (v.gr., en los arts. 14, 17, respecto a los autores, o en los arts. 106 y siguientes, en relación con las disposiciones relativas a los artistas, al igual que en los preceptos dedicados a los otros titulares comprendidos en el Libro II), o en el ámbito doctrinal y jurisprudencial- se alude de manera impropia a “derechos” morales o patrimoniales, y, del mismo modo, en el ámbito de estos últimos, también se distinguen como “derechos” aquellas “facultades” que confieren al titular el control sobre diversas “formas” de explotación (derecho de autorizar la reproducción, comunicación pública, etc.) sobre las obras y demás prestaciones. No obstante, resulta ineludible recordar que atendiendo a la concepción de la propiedad intelectual como un derecho subjetivo unitario, integrado por facultades de índole patrimonial y moral, en puridad, debería hablarse y diferenciar las diversas “facultades” que, en su vertiente moral o patrimonial, integran el derecho de propiedad intelectual. Simples *facultades* –como argumenta LACRUZ BERDEJO- a las que la Ley otorga el apelativo de derechos por ser posible su disfrute autónomo a título de obligación o de defensa independiente y aislada. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Comentarios a Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 31. RIVERO HERNÁNDEZ considera que “el derecho de explotación económica que corresponde al autor sobre su obra es uno, como unitario es su derecho de propiedad intelectual; una especie de *ius fruendi* o facultad de disfrute. El derecho de explotar y obtener rendimiento económico de una obra y un trabajo intelectual o artístico- estima RIVERO HERNÁNDEZ- que es siempre unitario. Admite sin inconveniente, asimismo, que siendo varios los ámbitos de poder de actuación del autor sobre su obra, pueda hablarse de facultades (mejor que de derechos) de reproducirla, representarla, etc. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, págs. 272 y 273. Bajo tales premisas, esta exposición se acomoda a la práctica generalmente asentada empleando el vocablo “derecho” o “derechos”.

<sup>595</sup> Así se expresa en el art. 2 TRLPI al afirmar que la “propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter patrimonial y moral, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley”.

<sup>596</sup> El art. 428 del Código civil atribuye al autor de la obra el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad. La doctrina coincide en que el referido art. 428 no es más que una plasmación, en el ámbito concreto de la propiedad intelectual, de los dos elementos esenciales del dominio o propiedad ordinaria: por un lado, la facultad de goce, entendida no tanto como el ejercicio de los actos de explotación por el propio autor –que cabe en todo caso-, por no ser esta la práctica habitual, sino a la obtención de ganancias por los actos de explotación de terceros (vid. al respecto los argumentos de MARCO MOLINA al analizar el art. 17 de la LPI de 1987 -MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 179 a 186) Y, por otro lado, la facultad de disposición (de carácter limitado en este caso, habida cuenta que no cabe la transmisión plena o venta de la propiedad intelectual). En este sentido, BONDÍA ROMÁN argumenta que “nunca puede haber una plena disposición de la propiedad intelectual por la existencia de un derecho moral. Ni siquiera existe tampoco una auténtica y propia transmisión de los derechos de explotación, sino más bien, según se desprende del régimen de cesión instituido por la LPI (arts. 43...), una constitución en favor del *accipiens* o cesionario de ciertos derechos de explotación que expiran y retornan al *tradens* o autor cedente” -BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 24.

<sup>597</sup> Bajo el término “prestación”, en esta clasificación, se alude al objeto específico de la protección que se dispensa por los “otros derechos de propiedad intelectual” (según la legislación española), o bajo la denominación de “derechos afines o conexos” (aceptada por la doctrina y otras normas internacionales o nacionales), respecto a aquellos titulares que no cabe considerar como “creadores”, es decir, todos aquellos distintos a los autores (y a los artistas, siguiendo la tesis que estructura y justifica este trabajo). Titulares de derechos que, precisamente, dada la ausencia de actividad creativa, y la inexistencia de un reflejo de su

más limitaciones que las establecidas en la ley. En consecuencia, para los creadores, los derechos de propiedad intelectual o las facultades que integran estos sobre una determinada creación responden a una doble naturaleza (*personal y patrimonial*). De ello se colige una primera clasificación entre derechos de contenido *moral* y derechos de contenido *patrimonial*. Para los titulares de otros derechos de propiedad intelectual, que no realizan esa actividad creativa, esta propiedad de carácter especial, se concreta en aquellas facultades de contenido patrimonial previstas, con mayor o menor alcance, en la ley –igualmente de carácter especial- que la regula. Por su parte, los derechos (o facultades) de carácter patrimonial, a su vez, son susceptibles de ser catalogados de la siguiente forma:

a) Derechos *compensatorios*, como el de participación en la reventa de las obras de arte<sup>598</sup> y el de remuneración por la copia o reproducción para uso privado, que compensa los derechos de propiedad intelectual que se dejaren de percibir por razón de dicha reproducción. Estos derechos de contenido económico no comportan ningún monopolio de explotación para su titular ni una remuneración vinculada a la explotación de las creaciones o prestaciones. El legislador suele considerar a estos derechos también distintos de los de explotación, denominándoles, en consonancia con su fundamento y naturaleza, *derechos compensatorios*.

b) *Derechos de explotación*, en los que el incentivo para el titular del derecho se concreta en la posibilidad de controlar la explotación de sus creaciones o prestaciones y de participar en los beneficios obtenidos o generados a través de tal explotación. Estos derechos de explotación, a su vez, se dividen en:

b.1. *Derechos de explotación de carácter exclusivo*: en los que la forma de participación en la explotación de la obra (o prestación de que se trate) se articula mediante una facultad de autorizar previamente las formas distintas de explotación, bajo las condiciones (económicas, etc.) que de manera particular o individual convengan el creador o titular y el usuario/cesionario<sup>599</sup>. Es sabido que los derechos de explotación comprenden una doble

---

personalidad en las respectivas prestaciones que constituyen el objeto de la protección que a cada categoría de titulares (v.gr., productores fonográficos, productores audiovisuales, entidades de radiodifusión, etc.) confiere la ley, tan sólo ostentan facultades de carácter patrimonial y no moral.

<sup>598</sup> El derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, se regula actualmente en la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, que derogó el art. 24 TRLPI, y que tiene por objeto adaptar la regulación española a lo dispuesto por la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001. Este derecho consiste en la participación del autor de una obra de arte en un porcentaje del precio de reventa de la obra (siempre que supere el umbral de 1200 €), y se aplica a aquellas reventas en las que intervenga un profesional del mercado del arte (quedan excluidas aquellas que se realizan directamente entre particulares) como comprador, vendedor o intermediario (incluyendo la figura de los profesionales del mercado del arte que presten sus servicios a través de Internet).

<sup>599</sup> Ceteramente nos recuerda BAYLOS CORROZA “que la propiedad intelectual no consiste en un derecho de percibir retribuciones de cualquiera que utilice o explote la obra. Es mucho más. Es el derecho a decidir por quién, cómo y en qué condiciones se llevará a cabo esa explotación; de tal modo que el que la realice efectuará una actividad que, de forma originaria

manifestación jurídica: de orden positivo, que se puede concretar en su ejercicio efectivo por el titular originario, directa o indirectamente (cediendo su derecho a un tercero), y de orden negativo, oponiéndose el titular (o causahabiente) a la explotación no autorizada (*ius prohibendi*). Derechos que se extienden a cualquier forma de explotación<sup>600</sup> dentro de los límites impuestos legalmente.

b.2. *Derechos de explotación de remuneración*: en los que la forma de participación en la explotación de las creaciones o prestaciones se estructura, en atención a la concurrencia de una serie de aspectos de índole fáctica (utilizaciones en masa, imposibilidad material de que el titular negocie directamente con usuarios, etc.); no mediante el reconocimiento al titular de una facultad de autorizar previamente un determinado acto de explotación, sino que, transferida dicha facultad de autorizar a un tercero, salvo pacto en contrario, el titular del derecho conserva, por disposición expresa de la Ley, el contenido económico de su derecho de explotación. En tales casos, que constituyen excepciones a la norma, los derechos de los autores o de los titulares de los derechos afines se concretan en la facultad de obtener una remuneración equitativa por cada acto de explotación efectivamente realizado.

La singular naturaleza de los derechos intelectuales, atendiendo a la anterior clasificación, conlleva un régimen de ejercicio concreto y diferenciado para cada categoría, de modo que:

i).- El titular de un *derecho exclusivo* está facultado para autorizar<sup>601</sup> cada forma y modalidad de explotación, a cambio de una contraprestación económica (o de manera gratuita) en la cuantía que estime oportuna en función de la extensión de la autorización o cesión. En definitiva, la Ley le confiere el poder de determinar el alcance tanto de la cesión del derecho como de la contraprestación por tal cesión, de manera análoga al ejercicio de cualquier derecho subjetivo de carácter patrimonial. Es por ello que, siempre que estemos en presencia de un derecho exclusivo debemos considerar como forma idónea su ejercicio *individual*, pues nadie mejor que el propio titular, respecto de cada acto concreto de

---

sólo corresponde al autor mismo, para la que si éste quiere puede autorizarle y que únicamente contando con su previo consentimiento se considerará lícita” -BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial*, 2ª ed., *óp. cit.*, pág. 529-530.

<sup>600</sup> El art. 17 TRLPI se rubrica como “derecho exclusivo de explotación y sus modalidades” y en cambio en su contenido se refiere a “derechos de explotación” en “cualquier forma” y, en especial, a los derechos que enumera en relación con las posibles “formas” de explotación, sistema que es considerado unánimemente como de *numerus apertus*. Por tanto, cabe entender, a pesar de que la terminología que emplea nuestro legislador no es uniforme, que mediante el término “formas” se alude a aquellas genéricas que con carácter abierto nomina el art. 17 (*v.gr.*, reproducción, comunicación pública...) y dentro de las diversas formas estarían comprendidas distintas modalidades.

<sup>601</sup> En todo derecho exclusivo concurre una vertiente positiva que faculta al propio titular bien para realizar por sí mismo la concreta forma de explotación, o bien autorizar a un tercero a tales efectos, y una vertiente negativa o *ius prohibendi*, que conlleva la facultad de impedir o perseguir las explotaciones no autorizadas o ilícitas.

explotación, puede saber bajo qué condiciones va a conceder su autorización. No obstante y por razones pragmáticas, el titular de un derecho exclusivo también puede encomendar su gestión a una entidad de gestión colectiva (a través de mandato), en cuyo caso nos hallaríamos ante la *gestión colectiva voluntaria o conjunta*.

ii).- En cambio, cuando el creador o titular ostenta un *derecho de remuneración*, la ley establece un sistema presuntivo de la facultad de autorizar o prohibir la explotación, habida cuenta que en el momento de la transmisión de la facultad de autorizar se desconoce, tanto el número de actos de explotación que se van a realizar, -cuyas posibilidades reales de control son inexistentes o extremadamente costosas desde un punto de vista práctico o económico-, como el número potencial de usuarios -que permanecen indeterminados durante todo el plazo de protección que concede la Ley. Atendiendo a tales presupuestos, la inteligencia de los preceptos que atribuyen al creador o titular un derecho de remuneración dan respuesta a la realidad de las cosas, en coherencia con el fundamento de la propiedad intelectual (incentivo al creador), y con el principio de favorecimiento de la comercialización de las creaciones del intelecto, estableciendo, a su vez y en consecuencia, una forma *colectiva* de ejercicio de tales derechos que se sustenta en un régimen de legitimación especial de origen legal y en el carácter irrenunciable e intransmisible de estos derechos.

La regla general en virtud de la cual los derechos exclusivos de autorización se han de ejercer de modo directo e individual por su titular originario y que los de remuneración, por el contrario, hallan mejor satisfacción bajo un régimen de gestión colectiva, cuenta con escasas excepciones expresas que se justifican en la praxis contractual y de mercado. Un ejemplo de tal excepción, que no hace sino confirmar la regla general expuesta, viene constituido por el art. 9.1 de la Directiva 93/83/CEE<sup>602</sup>, relativo al ejercicio del derecho de distribución por cable en el ámbito de la Unión Europea, que establece una modalidad de ejercicio colectivo respecto de un derecho exclusivo, cual es el de autorizar la distribución por cable<sup>603</sup>.

---

<sup>602</sup> “Los Estados miembros garantizarán que el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor o de derechos afines de prohibir o autorizar la distribución por cable de una emisión sólo pueda ejercitarse a través de una entidad de gestión colectiva” (art. 9.1, “Ejercicio del derecho de distribución por cable”, de la Directiva 93/83/CEE).

<sup>603</sup> La facultad de autorizar esta modalidad de explotación por cable difiere de la generalidad de autorizaciones de ejercicio individual, ya que a fin de hacer posible la obtención de las autorizaciones necesarias de todos los titulares de derechos sobre los programas retransmitidos por parte de las empresas de distribución por cable – es decir, empresas distintas de la entidad de origen de la señal retransmitida-, con la consiguiente seguridad del tráfico jurídico, por razones prácticas y funcionales se establece un sistema de gestión colectiva para la obtención de tales autorizaciones. Ello habida cuenta que la obtención de la autorización de cada titular individual de los múltiples que participan en las producciones retransmitidas, conllevaría un resultado prácticamente imposible y absurdo, condenando a la explotación ilícita o la imposibilidad de llevarla a cabo. En consecuencia, la norma determina una forma de gestión colectiva de un derecho exclusivo de autorizar, y lo hace bajo el mismo fundamento que inspira la gestión colectiva de los derechos de remuneración, esto es, habida cuenta de la imposibilidad material de obtener dicha autorización previa de los múltiples titulares por parte de los operadores de cable que captan la señal o programa radiodifundido

Consecuentemente, atendiendo a las anteriores clasificaciones podemos concluir, en relación a los derechos que el TRLPI atribuye a los artistas sobre sus interpretaciones audiovisuales, el siguiente esquema<sup>604</sup>:

i).- Supuestos de *derechos exclusivos de autorizar* determinadas formas de explotación, de *ejercicio individual*, atribuidos a los artistas:

- *Derecho exclusivo de autorizar la fijación* de las interpretaciones artísticas en vivo o no fijadas en ningún soporte, medio o sistema (art. 106 TRLPI).
- *Derecho exclusivo de autorizar la reproducción* de las interpretaciones artísticas fijadas (art. 107 TRLPI).
- *Derecho exclusivo de autorizar la distribución*, bajo las formas de venta u otro título de transmisión de la propiedad, alquiler y préstamo de los soportes materiales que incorporan las interpretaciones artísticas fijadas (art. 109.1 y 2 TRLPI).
- *Derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público* de las interpretaciones artísticas (art. 108.1.a).
- *Derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público* de sus interpretaciones fijadas (art. 108.1.b).

ii).- Supuestos de *derechos de remuneración* atribuidos a los artistas, de *ejercicio colectivo obligatorio*:

- *Derecho de remuneración por la puesta a disposición interactiva* de las interpretaciones artísticas fijadas (art. 108.2 y 3, en relación con el apartado 6, TRLPI).

---

o televisado de una empresa de radiodifusión o de televisión y de manera simultánea e inalterada la distribuyen por cable. El fundamento de la gestión colectiva, en cuanto forma de ejercicio subsidiaria de la individual e impuesta por la lógica de esta forma de explotación, se reafirma con la excepción anterior, toda vez que responde a una necesidad de eficacia práctica, lo mismo que sucede respecto de las presunciones de cesión de los derechos exclusivos con el consiguiente reconocimiento de los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria.

<sup>604</sup> No se incorporan en esta clasificación los derechos conferidos a los artistas por sus interpretaciones incorporadas en fonogramas, ni los derechos exclusivos ni la remuneración por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales, prevista en el art. 108.4 TRLPI, (tampoco se alude a la remuneración por la puesta a disposición de las interpretaciones fonográficas), o el “derecho de reversión” y las medidas adicionales destinadas a que los artistas se beneficien de la ampliación del plazo de protección de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, que se prevén, respectivamente, en el apartado 1 y en los apartados 2 y 3 del nuevo art. 110 bis TRLPI, según la modificación al TRLPI operada por la Ley 21/2014, por la que, entre otros cambios significativos, se traspone la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.



- Derecho de *remuneración por la comunicación pública*, distinta de la puesta a disposición interactiva, de las interpretaciones artísticas incorporadas en grabaciones audiovisuales (art. 108.5, en relación con el apartado 6, TRLPI).
- Derecho de *remuneración por el alquiler* de las interpretaciones artísticas fijadas (art. 109.3.2º).

iii) Por su naturaleza singular, se ha de diferenciar el derecho de *compensación por copia privada* que corresponde a los artistas con carácter irrenunciable (art. 25 TRLPI).

La Ley, respecto a los anteriores derechos de remuneración y a la compensación por copia privada, por razones de orden práctico esencialmente -en concreto, para lograr su real efectividad-, establece, junto con su carácter irrenunciable e intransmisible, un sistema de ejercicio colectivo obligatorio a través de entidades de gestión<sup>605</sup>.

## 2.- DERECHOS EXCLUSIVOS vs. DERECHOS DE REMUNERACIÓN.

Considerando el anterior esquema y la experiencia acumulada en el ámbito audiovisual en las últimas décadas, podemos afirmar que la opción más eficaz y razonable en orden a la protección de sus derechos o intereses patrimoniales en la explotación de sus creaciones, es la de atribuir a los creadores, tanto autores como artistas, un derecho de remuneración de gestión colectiva obligatoria. La experiencia ha demostrado, en efecto, que ni los autores ni los artistas pueden retener sus derechos exclusivos en una negociación con un productor. De hecho, cabría decir que casi el cien por cien de tales derechos exclusivos de autores y artistas se hallan en posesión de los productores, ya sea porque aquéllos se los cedieron a éstos “voluntariamente” (porque de lo contrario no eran contratados y no podrían trabajar) o porque la ley impone una cesión presuntiva de tales derechos para facilitar la comercialización y garantizar la seguridad del tráfico jurídico<sup>606</sup>.

<sup>605</sup> La propia OMPI justifica esta forma de ejercicio en los siguientes términos: “Por lo que respecta a ciertos tipos de utilización, es evidente que resulta prácticamente imposible llevar a cabo una gestión individual de los derechos. Los autores no tienen posibilidad de controlar todos los usos que se hacen de sus obras y, por ejemplo, no pueden ponerse en contacto con todas y cada una de las emisoras de radio o de televisión para negociar las autorizaciones necesarias para la utilización de sus obras y la remuneración que les corresponde. Por otro lado, tampoco es factible que los organismos de radiodifusión soliciten permisos específicos de cada autor a la hora de utilizar una obra protegida por derecho de autor. (...) Es evidente la imposibilidad material de gestionar esas actividades de forma individual, tanto para el titular de derechos como para el usuario; de ahí la necesidad de crear organizaciones de gestión colectiva cuyo cometido es de ocuparse de los problemas que se plantean entre usuarios y titulares de derechos en esas esferas fundamentales”. Documento OMPI/CCM/EC/04/2, pág. 4.

<sup>606</sup> Para RIVERO HERNÁNDEZ, tales presunciones de cesión, en el caso de la obras cinematográficas o audiovisuales, en las que intervienen necesariamente varias personas, con diferente participación y respectiva aportación, hace compleja la explotación por los muchos intereses implicados. Por ello para facilitar la prueba de la existencia de los consentimientos necesarios, la ley establece presunciones legales, todas ellas iuris tantum y salvo pacto o prueba en contrario. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco,

Sin perjuicio de las facultades de autorizar determinados actos de explotación de ejercicio individual que la Ley concede a los artistas (al igual que ocurre en relación con los autores), la práctica diaria y la realidad evidencian que éstos negocian las condiciones contractuales (bajo el régimen de arrendamiento de servicios, o en el caso de los actores, bajo el régimen laboral), incluyendo las estipulaciones sobre la autorización o cesión de sus derechos exclusivos, desde una posición de manifiesta inferioridad frente al productor. Lo anterior determina, salvo contadas excepciones, que aquellos cedan o transmitan la totalidad de sus derechos intelectuales de explotación susceptibles de ejercicio individual a cambio de una remuneración o contraprestación simbólica o inexistente (cesión gratuita). Todo ello unido a las *presunciones*, normalmente *iuris tantum*, de *cesión*<sup>607</sup> de determinados derechos o facultades (la autorización)<sup>608</sup>, que el legislador impone a fin de favorecer la comercialización de las creaciones intelectuales y de proteger las importantes inversiones que precisan determinadas producciones como las audiovisuales –y, dentro de ese género, respecto de las obras cinematográficas–, soslayando los graves e irreparables inconvenientes (de índole jurídica y práctica) asociados a la posible negativa de cualquiera de los titulares a autorizar determinada forma de explotación de tales obras<sup>609</sup>.

---

*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ªed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 278.

<sup>607</sup> Los arts. 108.2 (derecho de puesta a disposición), 109.3.1º (derecho de alquiler) y 110 (derecho de comunicación al público) ambos del TRLPI prevén dicha presunción por parte del artista a favor del productor de grabaciones audiovisuales. Respecto a los autores de la obra audiovisual el art. 88 TRLPI establece una presunción de cesión en exclusiva de los derechos exclusivos, si bien, a diferencia de los artistas se somete a ciertos límites. Así, mediante la celebración del contrato de producción de la obra audiovisual se presumen cedidos en exclusiva al productor los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra. Para las obras cinematográficas, tal presunción es limitada de modo que siempre es necesaria la autorización expresa de los autores para su explotación, mediante la puesta a disposición del público de copias en cualquier sistema o formato, para su utilización en el ámbito doméstico o mediante su comunicación pública a través de la radiodifusión. De manera específica, respecto a las obras preexistentes transformadas en una obra audiovisual, el art. 89 TRLPI establece esa misma presunción de cesión, si bien, salvo pacto en contrario, el autor de la obra preexistente conserva sus derechos a explotarla en forma de edición gráfica y de representación escénica y, en todo caso, podrá disponer de ella para otra obra audiovisual a los quince años de haber puesto a disposición del productor. El art. 90.2 TRLPI establece la presunción del derecho de alquiler de autor de obras audiovisuales por la suscripción del contrato para la producción de las mismas, salvo pacto en contrario, sin perjuicio del derecho de remuneración de carácter irrenunciable.

<sup>608</sup> Posibilidad que también contemplaba, por ejemplo, el LIBRO VERDE “Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información”, cuando exponía los diferentes métodos de gestión de los derechos, Capítulo Segundo, Subcapítulo Tercero, Sección VIII, 1.b), punto segundo, COM (95) 382 final. Recoge este documento, además, un supuesto concreto en el que el legislador comunitario ha previsto la posibilidad de introducir presunciones de cesión de los derechos, con objeto de facilitar la explotación de las obras. Así, la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (que codifica la Directiva 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992) establece presunciones simples de cesión, en beneficio de los productores de películas, del derecho de alquiler de los artistas intérpretes o ejecutantes (apartado 4 del art. 3) y la posibilidad de introducir estas presunciones simples en lo que respecta a los autores (apartado 5 del art. 3). Por último, el apartado 6 del art. 3 establece la posibilidad de que los Estados miembros instauren presunciones reforzadas de cesión del derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes en beneficio de los productores, siempre y cuando se prevea una remuneración justa. A su vez, el art. 5 contempla el derecho irrenunciable a una remuneración equitativa en favor del autor o el artista intérprete o ejecutante, cuando haya transferido o cedido a un productor de fonogramas o de películas su derecho de alquiler, disponiendo expresamente la gestión colectiva de tal derecho de remuneración, incluso la posibilidad de que los Estados miembros establezcan la obligatoriedad total o parcial de tal gestión a través de entidades de gestión colectiva.

<sup>609</sup> Oposición o negativa a autorizar que, en algunos casos, puede constituir un supuesto de abuso de derecho prohibido por los Códigos civiles o una contravención del principio de buena fe, cuando sin justificación y en perjuicio, incluso, de otros titulares, como acontece en la obra en colaboración, con su negativa a autorizar impide la explotación de la obra o creación intelectual.

En tal contexto jurídico y de mercado las soluciones son diversas. De cara a los artistas, y de manera concreta a los actores, para corregir, en la medida de lo posible, el desequilibrio apuntado -v.gr., en España-, se regulan de manera sectorial las condiciones contractuales de ejercicio de los derechos exclusivos (fijación, reproducción y distribución, así como la autorización para comunicar públicamente sus actuaciones) en los convenios colectivos del sector audiovisual, celebrados entre las organizaciones sindicales de los artistas y de los productores. Conforme a las condiciones previstas en el convenio colectivo, el actor cede (o autoriza) al productor tales derechos exclusivos a cambio de una remuneración (de carácter mínimo, que puede ser mejorada en virtud de pacto particular) y el productor adquiere esos derechos obviando los posibles obstáculos que pudiesen surgir si algún artista se reservase los mismos<sup>610</sup>. Por tanto, esta solución técnica afectaría a los derechos de ejercicio individual, cuyas condiciones mínimas de cesión son pactadas colectivamente por los representantes sectoriales (sindicatos y asociaciones de productores).

Por tanto, y para reafirmar la tesis de que es mejor ser titular de derechos susceptibles de ser mantenidos en el patrimonio del titular, es conveniente que la legislación nacional opte por reconocer derechos de remuneración de gestión colectiva a los creadores (autores<sup>611</sup> y artistas), en tanto que a los productores se le reconozcan derechos exclusivos (salvo que, razones prácticas y jurídicas como las advertidas, aconsejen en determinados supuestos la atribución de derechos de remuneración a esta categoría de titulares -v.gr., utilización masiva de sus producciones de imposible control de manera individual como la retransmisión<sup>612</sup>). Un derecho de remuneración *irrenunciable e intransferible* a título individual y, consecuentemente, de gestión colectiva, constituye una doble garantía para su titular, así como la garantía de obtener los rendimientos económicos de su trabajo o esfuerzo creativo en cuanto fundamento propio de la propiedad intelectual o del derecho de autor<sup>613</sup>.

---

<sup>610</sup> Solución técnica adecuada tanto para los sistemas de *copyright* como para los sistemas continentales o de *derecho de autor*. Ahora bien, el éxito de ese mecanismo precisa de una voluntad cumplidora real por parte del productor, pues en no pocas ocasiones ese precio lo vienen imputando y deduciendo de la masa salarial, desnaturalizando la finalidad de la obligación derivada de la negociación colectiva, toda vez que se obvia la diferente naturaleza que media entre los derechos intelectuales y los de carácter laboral, así como el distinto tratamiento tributario que han de recibir unos u otros rendimientos.

<sup>611</sup> Posición que no es compartida por algunas entidades de gestión de derechos de autores, ni por una serie de teóricos o tratadistas que militan estrechamente en las tesis autoralistas de mediados del siglo XX.

<sup>612</sup> Éstas son las razones que justifican que el legislador español haya atribuido a los productores de grabaciones audiovisuales que se utilicen para los actos de comunicación pública previstos en el art. 20.2.f) y g) – retransmisión y comunicación pública en lugares abiertos, y no en otros supuestos-, una remuneración, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión (ex art. 122.2 TRLPI).

<sup>613</sup> La efectividad que justifica este sistema especial de gestión colectiva tal y como se reconoce de manera expresa en el Preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual española de 1987, así como en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. De manera específica, respecto a las interpretaciones integradas en grabaciones audiovisuales, la Sentencia núm. 55/2009 de 18 febrero, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho Cuarto, admite el carácter irrenunciable de la remuneración por comunicación pública –negado en aquel caso por la entidad de radiodifusión- no por la imposibilidad abstracta de establecer pactos sobre ella, sino con fundamento en la necesidad de garantizar su efectividad. El Alto Tribunal estima que este modo de gestión es incompatible con una negociación individual por parte de los artistas, intérpretes o ejecutantes. Esta haría imposible el cálculo -razón por la cual se atribuye una legitimación colectiva a las sociedades de gestión-. Alude también a la

Los derechos intelectuales de explotación, sea bajo la forma de exclusividad o la de remuneración, sin facultad de autorización previa o mediante el ejercicio presuntivo de tal autorización, ofrecen un contenido interesante a su titular originario, cual es el de poder participar durante todo el período de protección legal en los rendimientos económicos que deriven de la explotación de su creación. Y por obvio que resulte, sólo manteniendo el creador los derechos en su patrimonio o dotándole de un sistema eficaz de gestión de los mismos le será posible obtener, durante todo el período de protección, rendimientos de naturaleza económica, toda vez que hacen realidad el fundamento de la propiedad intelectual, esto es: alentar la actividad creativa mediante incentivos económicos (derechos de explotación) y espirituales (derechos morales) para el creador.

Siendo así las cosas, no obstante, por la inercia de algunas entidades que administran derechos de los autores y compositores musicales, se han instalado en el sector dos máximas que no se comparten por ser cuestionable su fundamento jurídico y económico. A saber:

- a) Que para el autor es mejor ostentar derechos exclusivos que derechos de remuneración, por atribuirle un haz de facultades mayor y más fuerte.
- b) Que el derecho exclusivo tiene mayor valor económico que el de remuneración y, por tanto, la tarifa que se establezca para satisfacer el exclusivo, como consecuencia de una licencia colectiva ampliada o licencia blanca concedida por la entidad de gestión correspondiente, ha de ser mayor que el de remuneración.

Pero ambas máximas carecen de fundamento jurídico y económico:

1º.- Porque no hay ninguna norma jurídica que avale una supuesta jerarquía de derechos, en virtud de la cual los derechos exclusivos se sitúen por encima de los remuneratorios.

2º.- Porque el haz de facultades que diferencia a uno y otro derecho lo es tan sólo en su aspecto sustantivo desde un plano teórico –ya que en la práctica el titular suele encomendar la gestión de sus derechos exclusivos a una entidad de gestión que es la que concede las autorizaciones

---

falta de previsibilidad de estos derechos, que se desenvuelven en gran medida en relación con acontecimientos inciertos en el futuro y dependientes del éxito en la explotación de la obra, del que se privaría, en algunos casos de manera sustancial, a estos titulares de derechos afines, en franca contradicción con el propósito del legislador y con los principios que informan la economía del arte en el mundo actual.

correspondientes a los usuarios, a cambio del precio en que se concreta la tarifa, pero que en modo alguno varia su contenido económico.

3º.- Porque, efectivamente, el hecho de que se ejerciten tales facultades antes o después de la consumación de un acto de explotación de la obra o prestación artística en nada puede incidir en el valor económico de tal uso o acto de explotación. Cualquier bien o servicio tiene el mismo valor, se satisfaga su precio antes o después de su adquisición. Cuestión distinta es que por pronto pago se reduzca el precio o que por pago aplazado el precio se incremente.

4º.- Porque casi ningún autor o artista puede retener en su patrimonio su derecho exclusivo, al ser siempre la parte débil de la relación contractual.

5º.- Porque en los escasos supuestos en los que el autor o el artista logra retener el derecho exclusivo en su ámbito de disposición, tampoco significa que tengan capacidad real para ejercitarlo en toda su dimensión (por ejemplo, impidiendo utilizaciones en masa).

6º.- Finalmente, porque la naturaleza de ambas modalidades de derechos coincide plenamente a la luz del art. 17 TRLPI, es decir, ambos derechos, el de remuneración y el exclusivo, se catalogan como derechos de contenido económico-patrimonial dentro de la modalidad genérica de derechos de explotación. La diferencia que media entre ellos no afecta a su contenido económico sino a su vertiente adjetiva, esto es, a la forma y momento de ejercicio de las facultades que les son propias, a saber: a).- en el exclusivo se ejercita la facultad de autorizar o prohibir el uso antes de que éste se pueda llevar a cabo, y como contraprestación por la autorización de ese uso el titular puede negociar un precio, tarifa o remuneración o nada; b).- en tanto que el titular de un derecho de remuneración no puede ejercer ninguna facultad autorizante ni, por consiguiente, negociar ninguna condición económica previa, sino que, una vez constatado el uso de la obra o prestación artística protegida, su titular queda facultado —a través de la correspondiente entidad de gestión, pues esta modalidad de derecho es de ejercicio colectivo obligatorio en nuestra legislación— a exigir y obtener una remuneración o contraprestación por el uso ya consumado.

Por tanto, el establecimiento de un derecho de remuneración como regla general, sin merma en la expectativa o incentivo económico, bajo la fórmula de derecho irrenunciable e intransmisible a título individual y de gestión colectiva obligatoria, ofrece mejores posibilidades de efectividad real y de seguridad jurídica y económica para el titular del derecho y para el usuario.

### 3.- EL DERECHO DE FIJACIÓN.

En primer lugar, entre los derechos patrimoniales, el art. 106 TRLPI reconoce al artista el derecho exclusivo de autorizar la fijación de sus actuaciones. De este modo se atribuye al artista, de manera individual, la facultad de prestar el consentimiento o autorizar<sup>614</sup> cualquier fijación de su actuación. En ausencia de tal autorización, cualquier grabación de su interpretación será ilícita, al igual que lo serán el resto de actos de explotación (realización de copias, distribución de las mismas, o su comunicación al público) que puedan efectuarse a partir de la misma. Por ello, en su vertiente negativa, este derecho faculta al artista para instar la medidas de protección previstas en nuestra ley, contra la infracción de su derecho exclusivo de fijación. Las facultades patrimoniales sólo pueden disfrutarse legítimamente una vez que el artista consiente la fijación de su interpretación; ya que sin la misma no cabe explotación alguna de las interpretaciones o ejecuciones, llegándose a cuestionar la existencia de una verdadera propiedad intelectual, al menos en su vertiente patrimonial, hasta ese momento.

La regulación expresa y autónoma<sup>615</sup> de este derecho en el vigente TRLPI, trae causa del art. 5 de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Sin embargo, ni la citada Ley 43/1994, ni la directiva objeto de trasposición, facilitan una definición del concepto de fijación.

En efecto, la anterior Ley de Propiedad Intelectual de 1987, no contemplaba el derecho de fijación de manera específica, mas de ello no cabe inferir que los artistas no ostentasen las facultades que el mismo ampara, sino que estas quedaban subsumidas en el derecho exclusivo de autorizar la reproducción amparado por el art. 102.1 de la anterior LPI<sup>616</sup>.

---

<sup>614</sup> Tal autorización constituye una potestad individual del artista, que no puede ser sustituida, a nuestro juicio, por la autorización que pueda otorgar el representante del colectivo al que alude el art. 111 TRLPI.

<sup>615</sup> Sobre la gestación del derecho de fijación *vid.* VENTURA VENTURA, José Manuel, *El derecho exclusivo del artista intérprete o ejecutante de autorizar la fijación de sus actuaciones*, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XIX (enero 1998), págs. 195-222.

<sup>616</sup> *Vid.* OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, *Comentarios al Código civil, óp. cit.*, págs. 352 y 357. En el mismo sentido, se pronuncia VENTURA VENTURA al aseverar que “con la inclusión expresa en el TRLPI de un derecho de fijación no ha tenido lugar un reconocimiento *ex novo* de tutela para el bien jurídico concreto a que se refiere, pues encontraba ya protección bajo el imperio de la LPI, si bien en el marco del derecho de reproducción, de modo que lo que ha variado, en este punto, es la posibilidad de invocar un fundamento jurídico diverso, exclusivo de la regulación de los artistas intérpretes, constituido ahora por el art. 106, para fundamentar una eventual pretensión de estos relacionada con la lesión de tal bien jurídico -VENTURA VENTURA, José Manuel, *El derecho exclusivo del artista, óp. cit.*, pág. 204.

En el plano internacional, la Convención de Roma de 1961, a diferencia de los tratados posteriores, no define qué ha de entenderse por fijación, si bien, configura este derecho, *ex art. 7.1.b*, bajo la fórmula de un *ius prohibendi*, de modo que faculta al artista para impedir *la fijación sobre una base material, sin su consentimiento, de su ejecución no fijada*; facultad, por tanto, distinta de la amparada por un derecho exclusivo de autorizar o prohibir. También regula dicha convención supuestos en los que se puede impedir la reproducción cuando la fijación original se hizo sin consentimiento del artista o cuando varía el fin para el que se solicitó la autorización de la fijación original (*art. 7.1.c. ii) y iii*), y excepciones que el Estado Contratante podrá establecer en su legislación cuando se trate de una *fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión* por sus propios medios y para sus propias emisiones (*art. 15.1.c*). No obstante, tal protección no es aplicable a aquellos artistas que hayan autorizado la incorporación de sus actuaciones o interpretaciones a una fijación audiovisual –*ex art. 19*–.

Otros textos de ámbito supranacional, como el Tratado de la Organización Internacional de la Propiedad Intelectual –OMPI–, sobre interpretación o ejecución y fonogramas de 1996 (WPPT), sí conceptúan la fijación, definiéndola en su *art. 2.c)*<sup>617</sup>. A la par, en su *art. 6.ii)* se regula de manera precisa el contenido del derecho de autorizar la fijación respecto a las interpretaciones o ejecuciones no fijadas, esto es, las que tienen como objeto su realización en vivo. Ahora bien, la virtualidad de las anteriores normas, en el ámbito concreto que nos ocupa relativo a las interpretaciones audiovisuales, no es más que la de un mero referente para aproximarnos al concepto de fijación, por quedar circunscrito su aplicación al ámbito fonográfico.

De manera específica, respecto a la interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, el Tratado de Beijing define la fijación audiovisual (*art. 2, letra b*) como la incorporación de imágenes en movimiento independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de la representación de estos, a partir de la cual pueden percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo; restringiendo el derecho exclusivo de autorizar tal fijación (en su *art. 6, ii)* a las ejecuciones o interpretaciones no fijadas o en vivo.

Llegados a este punto, procede incidir en que una de las peculiaridades que presenta la regulación de este derecho en el *art. 106 TRLPI* es su tratamiento autónomo respecto del derecho de reproducción previsto en el *art. 107 TRLPI*, que contiene a su vez una remisión al *art. 18* de dicho

---

<sup>617</sup> En el mismo se define la fijación como la incorporación de sonidos o la representación de éstos, a partir de la cual pueden percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo. En consecuencia, no se infiere exigencia alguna de que tal fijación se lleve a cabo en un soporte material duradero, al igual que tampoco se requiere la confección de ejemplares, es decir, su reproducción ni su posterior distribución.

cuerpo legal, y que define la reproducción como la *fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma* de una obra (léase interpretación) o parte de ella.

Así, partiendo de los conceptos facilitados por las normas internacionales y la propia definición de la “reproducción”, como forma de explotación ínsita en el art. 18 TRLPI, la fijación audiovisual puede definirse como la incorporación de imágenes, en movimiento, o de sonidos e imágenes, a partir de la cual pueden percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo. Todo ello aunque la fijación sea directa o indirecta, tenga carácter provisional o temporal, y no se incorpore a un soporte material más o menos duradero. La fijación comprende, por tanto, las representaciones de esas imágenes, con o sin sonido, efectuadas de manera digital o por cualquier medio o soporte inventado o por inventar<sup>618</sup>. Ello, aplicado al objeto inmaterial que constituye la actuación artística, nos lleva a considerar la fijación como una reproducción de la actuación en vivo efectuada a través de cualquier medio, o soporte (máster o cinta matriz), a partir de la cual dicha prestación artística es susceptible de ser explotada, mediante la reproducción (obtención de copias, que a su vez constituye el presupuesto necesario para la distribución), o bajo cualquier modalidad de comunicación al público.

Conviene retener un aspecto esencial como es que la facultad de autorizar la fijación, amparada en el art. 106 TRLPI y en las normas internacionales que lo regulan, interpretadas rectamente, es subyacente a aquellas interpretaciones en vivo o realizadas ante el público (representaciones escénicas propias de actores, músicos, cantantes y bailarines), sin que su finalidad inicial (ni el objeto de la prestación contractualmente pactada) *ab initio* sea la de ser fijada para su reproducción, distribución y posible explotación mediante la comunicación al público. Dicha circunstancia determina la escasa virtualidad práctica del derecho en el ámbito audiovisual, ya que la inmensa mayoría de las interpretaciones artísticas con vocación de generar los derechos incardinados en la normativa específica destinada a su protección, se producen para ser fijadas o incorporadas a una grabación audiovisual. En cuyo caso, el derecho de autorizar la fijación carece de sentido autónomo – en términos y fundamento similares al supuesto contemplado en el art. 110.1º, *in fine*, del TRLPI- por ser intrínseco al propio objeto del contrato de interpretación<sup>619</sup>, así como a la propia interpretación, pues constituye el objeto jurídico y

---

<sup>618</sup> Las grabaciones efímeras que realizan los organismos de radiodifusión para la emisión de cualquier actuación en directo han de considerarse como tales fijaciones.

<sup>619</sup> Es decir, el objeto propio de un contrato de interpretación actoral para una producción audiovisual (*v.gr.*, película cinematográfica o una serie televisiva) es la fijación (reproducción) de la actuación artística destinada a su posterior comunicación al público (si bien, podrá tener por objeto igualmente, la fijación y comunicación pública simultáneas para las actuaciones en una emisión en directo, aunque se trata de un supuesto residual en la práctica).



económico de la misma, dado que es precisamente la fijación el acto que posibilita la realización de las ulteriores formas de explotación que integran la cadena de explotación de las obras o grabaciones audiovisuales. Sería contrario a toda lógica y naturaleza del contrato de interpretación audiovisual que el actor se negara a realizar su actuación ante y/o para la cámara, cuando ello constituye la naturaleza y objeto de dicha relación contractual.

Siendo así, resultaría lógico que nuestro legislador hubiera aportado este matiz a la regulación sustantiva del derecho de fijación, tal y como rectamente se regula en los ya citados WPPT y el Tratado de Beijing, así como en el art. 110.1º, *in fine*, respecto de otro supuesto de análoga justificación teleológica. Con ello se evitaría la redundancia<sup>620</sup> en que incurre la vigente normativa al desgranar un derecho de fijación que se entiende subsumido en el concepto de reproducción, al que se remite, a mayor abundamiento, el art. 107 TRLPI<sup>621</sup>, que normativiza el derecho exclusivo de autorizar la reproducción que corresponde a los artistas.

En otro orden, complementario en todo caso, el apartado 2 del art. 106 nos dice que la autorización de la fijación deberá otorgarse por escrito. Tal prevención ha suscitado posiciones doctrinales enfrentadas. Así, para un sector<sup>622</sup>, cabría inferir que nos encontramos ante un requisito *ad solemnitatem*, y la ausencia de tal forma podría tener consecuencias diversas: desde la nulidad del contrato a la inexistencia de la propia autorización, con la consiguiente imposibilidad o ilicitud de la fijación. Sin embargo, entendemos, junto con otro sector doctrinal, que tal prevención no puede interpretarse en sentido estricto como criterio de validez o constitutivo. Habida cuenta, entre otras razones, como se ha expuesto, que el propio objeto del contrato de interpretación<sup>623</sup> comprende la fijación de la actuación artística y que, aún pudiendo no contener una cláusula de autorización expresa para la fijación, no es defendible que en ese caso el productor carezca de la necesaria autorización implícita o tácita derivada de la suscripción del propio contrato; y ya no sólo por

---

<sup>620</sup> Especialmente crítico con tal redundancia se muestra BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO en relación con la regulación autónoma del derecho de fijación, que califica como “torpeza” de nuestro legislador -BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., *óp. cit.*, pág. 1644.

<sup>621</sup> Conforme a la redacción dada a este precepto por la Ley 23/2006, de 7 de julio, que modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en respuesta a la necesidad de incorporar al derecho español Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, con la que la Unión Europea, y a la voluntad de dar cumplimiento a los Tratados de la OMPI de 1996 sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

<sup>622</sup> Al comentar el antiguo art. 102 de la LPI de 1987, que exigía tal autorización escrita la para la autorización de la reproducción y comunicación al público, OSORIO SERRANO sostiene que tal exigencia de forma escrita es requisito *ad solemnitatem* - OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, *Comentarios al Código civil*, *óp. cit.*, pág. 360. Coincidiendo con el anterior, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 1559.

<sup>623</sup> Al citado contrato se refiere, en concreto, el art. 110 TRLPI, estableciendo una presunción de cesión del derecho de reproducción y comunicación al público pero no en cambio de la autorización para la fijación. La razón puede ser una de las siguientes: la consideración por parte del legislador de que tal fijación era el objeto propio del contrato o, que en la cesión del derecho de reproducción se entendiera subsumida la autorización para la fijación, habida cuenta que el art. 110 TRLPI se corresponde con el apartado 3 del art. 102 de la LPI de 1987, que no contemplaba el derecho de fijación.

aplicación analógica del referido art. 110.1º, *in fine*, del TRLPI sino también y sobre todo del art. 1258 Cc, a cuya virtud *los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

En línea con ese sector<sup>624</sup> que argumenta en favor del criterio *ad probationem*, en coherencia con el art. 45 TRLPI, y el art. 1279 del Código civil, entendemos que en virtud de lo previsto en el art. 106.2 TRLPI, el artista podrá requerir al productor para formalizar por escrito la autorización para la fijación, eso sí, siempre y cuando no exista un contrato de interpretación audiovisual previamente formalizado por escrito, pues en tal caso la autorización se hallaría implícita o tácita en el mismo por las razones expuestas. Cuestión distinta es el supuesto propio de las actuaciones en vivo, que encaja perfectamente en el espíritu del precepto, y que cuando se trata de un conjunto de artistas tendremos que acudir a la forma de autorización del art. 111 TRLPI.

La propia literalidad del apartado 2 del art. 106, en la que tan sólo se incluye una mención sucinta a la “autorización por escrito”, sin referencias añadidas a su cesión o transmisión -análogas a las previstas en los arts. 107.3 o 109.1 TRLPI- suscita serios interrogantes sobre la transmisibilidad de este derecho. En buena lógica, este derecho de autorizar se agota con el hecho mismo de la actuación que lleva a cabo de manera voluntaria el propio artista y su fijación por la persona autorizada. En cambio, nada obsta a que el artista transmita su derecho de autorizar la fijación por vía contractual, con carácter previo al acto material de su interpretación, de modo que el adquirente de dicha autorización pueda autorizar, a su vez, a un tercero para que lleve a cabo la fijación<sup>625</sup>. Así acontece de manera habitual conforme a la prácticas contractuales imperantes en el ámbito audiovisual, que de manera generalizada contienen pactos expresos de cesión del derecho de fijación<sup>626</sup> o de exclusividad.

---

<sup>624</sup> Vid. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, 1997, pág. 408; VENTURA VENTURA, José Manuel, *El derecho exclusivo del artista*, *óp. cit.*, págs. 204 a 208; ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2003, pág. 295.

<sup>625</sup> Cuestión distinta es que en el momento de llevar a cabo su prestación -esto es su actuación- el artista se niegue, más ello no cabe ser entendido como el ejercicio de un hipotético derecho moral de divulgación. Sino que constituyendo tal actuación o prestación el objeto mismo del contrato de arrendamiento de servicios o de naturaleza laboral, estaríamos ante un incumplimiento contractual, cuyas consecuencias habrá que reconducir bien a las normas generales previstas en el Código civil o en la normativa laboral.

<sup>626</sup> Es más conforme al art. 8 del II Convenio colectivo estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los actores que prestan sus servicios en las mismas, una de las menciones obligatorias del contrato de interpretación es la declaración por medio de la cual el actor, de forma expresa, cede al productor de la obra audiovisual los derechos de fijación, reproducción y distribución de su interpretación, indicando, de forma igualmente expresa, el plazo y ámbito geográfico a que la cesión debe entenderse referida. Por la cesión de estos derechos el actor percibirá la remuneración de la que habla el apartado tercero del Anexo I de este Convenio, que equivale al 5% del salario total pactado.

Así, para un sector doctrinal se vislumbra un vestigio del derecho de divulgación -de orden moral- en la aparente intransmisibilidad del derecho de fijación del art. 106 TRLPI, al agotarse en el mismo acto de su realización.

La sustantividad del derecho moral de divulgación del artista<sup>627</sup> -a pesar de su ausencia en los derechos de tal naturaleza expresamente previstos en nuestra ley, en las legislaciones próximas, o en las normas internacionales ya citadas- radica en que existen formas de divulgación que no precisan de una fijación -v.gr., representaciones teatrales-. MARTÍN SALAMANCA<sup>628</sup> argumenta que no es necesario construir una vertiente negativa del derecho de fijación -que a su vez, justificaría su “transmisión *mortis causa*” o la legitimación especial que ampara la ley a favor de determinadas personas o instituciones una vez fallecido el artista para el ejercicio de los derechos morales-, ya que en aquellos supuestos en que no es necesaria la fijación, el derecho de divulgación se entendería efectivamente realizado cuando el artista se obliga contractualmente a realizar una aportación que, lógicamente, es para divulgarla y comunicarla al público. Por tanto, ejercitado el derecho de divulgación, este se verifica a través del cumplimiento del contrato.

VENTURA VENTURA<sup>629</sup> considera que podría entenderse el derecho de fijación como un híbrido que podría participar de los caracteres del derecho de divulgación. Se agota con su ejercicio en forma positiva, esto es, con la concesión de la oportuna autorización, por lo que, en rigor y en principio, ni es transmisible *inter vivos*, ni cedible, ni contractualmente licenciable. Su presupuesto lógico (la interpretación o actuación personalísima) impide, además, que pueda transmitirse *mortis causa*. Ahora bien, los caracteres de orden moral que lo aproximan al derecho de divulgación lo mantienen vivo en el caso de que haya resultado infringido, con la posibilidad de hacerlo efectivo por las personas legitimadas a tales efectos (*ex art. 113 TRLPI*). La controversia se centra en este caso en el plazo en que podría ejercitarse *post mortem* tal *ius prohibendi*. Según razona VENTURA VENTURA, resultaría aplicable, no el plazo previsto en el art. 113 TRLPI (ilimitado según su redacción actual), sino conforme al plazo de los genuinos derechos de explotación -actualmente cincuenta años para los interpretes audiovisuales-.

---

<sup>627</sup> Para CÁMARA ÁGUILA existen razones que justifican que el legislador no haya conferido la facultad de divulgación a los artistas ya que podría afectar a la explotación. Amén de considerarlo innecesario. Para entender divulgada la obra se requiere, en las interpretaciones en vivo, la comparecencia del propia artista, en caso contrario si quiere preservar su derecho de inédito bastaría con no comparecer. En caso de que la interpretación no tenga lugar ante el público, para que este tenga acceso a la misma se requiere la previa fijación, y su posterior reproducción, distribución o comunicación pública. CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 1519.

<sup>628</sup> MARTÍN SALAMANCA, Sara, *Artistas, cesionarios y ‘otros derechos’*, Revista Pe.i, Ed. Bercal, S.A., núm.5 (mayo-agosto 2000), págs. 108-116.

<sup>629</sup> VENTURA VENTURA, José Manuel, *El derecho exclusivo del artista*, *óp. cit.*, págs. 213 a 216.

Sin embargo, consideramos que tal vertiente negativa no precisa acudir a la figura del derecho moral de divulgación -desprovista de cualquier reconocimiento normativo o jurisprudencial-, habida cuenta que, al igual que es defendible el ejercicio en su vertiente negativa por los legitimados *mortis causa*, es igualmente lógico y admisible que el cesionario del derecho de fijación pueda perseguir en vida del artista o fallecido éste (al amparo que le dispensa el art. 106, así como los arts. 107, 108 y 109 TRLPI) cualquier fijación ilícita<sup>630</sup>, que colisione con los derechos de fijación (y reproducción, teniendo presente que dicha forma de explotación, por lo dicho, comprendería la fijación), o con el resto de facultades adquiridas por este cesionario. Ya que, en buena lógica, al adquirir el derecho de fijación lo habrá hecho junto con los actos que dan virtualidad a la explotación en su sentido más amplio y a los rendimientos económicos que ésta genera, *v.gr.* distribución y comunicación pública, necesarios, a mayor abundamiento, para que el público acceda a la interpretación fijada<sup>631</sup>. Todo ello sin obviar la presunción de cesión *iuris tantum* incardinada en el art. 110 TRLPI, y que afecta de manera específica a la reproducción.

Finalmente, el reconocimiento de un derecho moral de divulgación ligado al derecho de fijación se enfrenta, no obstante, en el ámbito audiovisual, a una realidad incontestable, como es que la fijación de la versión definitiva de la obra audiovisual descansa en la voluntad y criterio normalmente del director<sup>632</sup>, quien en el proceso de montaje puede decidir eliminar secuencias rodadas, en suma, suprimir partes de la actuación fijada, o incluso eliminar por completo la actuación de un determinado artista; lo que comportaría, en caso de admitir su existencia, la afectación del derecho de divulgación, facultando al artista para ejercitar las medidas de protección que le otorga la ley. Lo anterior choca con la libertad creadora del propio autor -director realizador, coautor de la obra-, la cual se vería cercenada en caso de verse sometida al respeto del derecho de divulgación del actor, e incluso, se enfrentaría a su propio derecho de divulgación; habida cuenta que a través del proceso de montaje se concreta la obra y el modo en que ésta exterioriza la aportación personal del director, no

---

<sup>630</sup> Un claro ejemplo es la producción de *bootlegs*, que puede tener por objeto grabaciones en directo de conciertos, supuesto más habitual, al igual que podría afectar a representaciones en directo de representaciones teatrales o de danza. En este sentido *vid.* SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 1452.

<sup>631</sup> Para hablar de derechos de explotación de una interpretación es necesario que esta haya sido exteriorizada o expresada y fijada por cualquier medio o soporte.

<sup>632</sup> No obstante, el art. 92 TRLPI prevé que se considerará terminada la obra audiovisual cuando haya sido establecida la versión definitiva de acuerdo con lo pactado en el contrato entre el director-realizador y el productor. Especificando que cualquier modificación de la versión definitiva de la obra audiovisual mediante añadido, supresión o cambio de cualquier elemento de la misma, necesitará la autorización previa de quienes hayan acordado dicha versión definitiva. A juicio de PÉREZ DE CASTRO, con apoyo de diversas resoluciones judiciales- no cabe la abdicación por vía contractual a favor del productor [por parte del director] para que sea este quien fije la versión definitiva de la obra audiovisual. La labor del director -al margen de las aportaciones de los otros coautores, que también ostentan derechos morales sobre la versión definitiva- se inscribe en una coordinación, enlace y traducción al medio a través del rodaje, selección de escenas y montaje. Por ello, su aportación es inseparable de la versión definitiva. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Comentarios a Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 1204.

en vano la ley establece -art. 93 TRLPI- que el derecho moral de los autores sólo podrá ser ejercido sobre la versión definitiva de la obra audiovisual<sup>633</sup>.

## 4.- EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN.

### 4.1.- Contenido y estructura general del derecho.

El derecho exclusivo de autorizar la reproducción que ostenta el artista se regula en el apartado primero del art. 107<sup>634</sup> TRLPI, atribuyendo a éste<sup>635</sup> las facultades para autorizar esta forma de explotación (facultades que comprenden, al igual que cualquier otro derecho exclusivo, la de realizar el propio artista la reproducción, o la de autorizar, transmitir o ceder su derecho a un tercero, y la de oponerse y perseguir las reproducciones ilícitas, en caso de no haber transmitido su derecho). Ello conforme al concepto amplio de reproducción que ya viene dado en el art. 18, tras su reconocimiento genérico en el art. 17, ambos TRLPI.

En efecto, de conformidad con la actual redacción del art. 18<sup>636 637</sup> se entiende por reproducción *la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.*

---

<sup>633</sup> Por ello, aunque la ley no lo exprese, respecto a los derechos morales de los artistas audiovisuales resulta justificado sostener que aquellos se ostentan en relación con la versión definitiva de la obra audiovisual en la que se integra su interpretación, argumentación que es extensible igualmente a sus derechos patrimoniales.

<sup>634</sup> Conforme a la redacción dada a este precepto por la Ley 23/2006, de 7 de julio. El anterior texto reconocía al artista “el derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de las fijaciones de sus actuaciones”.

<sup>635</sup> *Prima facie* su ejercicio corresponde al artista, participa de las notas de todo consentimiento negocial, y comprende, dentro de la forma genérica de reproducción, las modalidades concretas que aquella ampara, que sean autorizadas o cedidas, bien conforme a lo previsto expresamente en el contrato de interpretación, o bien conforme se deduzca de la naturaleza y objeto del contrato, en virtud de la presunción incardinada en el art. 110 TRLPI. Nada obsta, en cambio, que tal autorización sea concedida por el representante o mandatario expresamente facultado al efecto.

<sup>636</sup> El derecho de reproducción, sin alterarse en su concepto, se clarifica añadiendo todas aquellas formas en que puede manifestarse, de tal suerte que se eviten las posibles dudas sobre la efectiva inclusión de las reproducciones realizadas por sistemas digitales, siguiendo el criterio de fidelidad con el texto de la directiva, según reza el Preámbulo de la Ley 23/2006, por la que se modifica el TRLPI, para incorporar al derecho español la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1996 sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. El criterio seguido en la nueva redacción es el de fidelidad con el texto de la directiva.

<sup>637</sup> El art. 7 del Tratado de Beijing prevé que los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma. La declaración concertada relativa al anterior art. 7, nos dice que el derecho de reproducción, según queda establecido en el art. 7, y las excepciones permitidas en virtud de ese artículo y de los arts. 8 a 13, se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida en formato digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de este artículo.

La noción técnico-jurídica de reproducción -de acuerdo con RIVERO HERNÁNDEZ<sup>638</sup>-, “en cuanto sujeta al *ius prohibendi* del autor [o del artista, añadimos] se complementa con el art. 31.1, que excluye de aquélla (y exime de la autorización del autor [o del intérprete]) la reproducción provisional que, además de carecer de significación económica independiente, sea transitoria o accesoria y forme parte integrante del procedimiento tecnológico que sirva para facilitar la transmisión en red. Esta delimitación negativa, o imagen en negativo, tiene ahora particular importancia, e integra funcionalmente la definición legal de reproducción, frente a una idea demasiado general de reproducción-fijación del art. 18”.

Así, la definición que incorpora el art. 18 -a raíz de la Ley 23/2006-, siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ, al tiempo que subraya la idea de fijación, destaca su amplitud (“directa o indirecta, provisional o permanente”) y atenúa notablemente la idea de reproducción tradicional, entendida primero como publicación impresa y luego como multiplicación por cualquier medio (ínsita en la definición anterior a la reforma operada por la Ley 23/2006), y añade la idea de inmaterialidad o incorporeidad de la reproducción, al comprender *prima facie* una fijación provisional tan efímera como la realizada en la memoria RAM de un ordenador. En consecuencia, se concluye que la reproducción como multiplicación efectiva y obtención de copias y ejemplares es un caso concreto y especial de reproducción, pero no en su sentido general y preferente. Aunque por su proximidad -concluye RIVERO HERNÁNDEZ- no coinciden fijación y reproducción<sup>639</sup>, en cambio por definición la reproducción requiere que haya fijación.

El concepto de reproducción se aleja de la mera obtención de copias tangibles<sup>640</sup> y comprende la fijación por cualquier medio y en cualquier forma<sup>641</sup>.

---

<sup>638</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp.cit.*, pág. 286.

<sup>639</sup> Se refiere a los casos en que aun existiendo fijación (o exteriorización) no hay reproducción, sería el caso paradigmático de la obras literarias u obras pictóricas.

<sup>640</sup> Históricamente este derecho es acuñado en torno a las copias materiales obtenidas mediante la imprenta, evolucionando junto con el desarrollo de nuevos medios técnicos (v.gr., reproducción videográfica), hasta el concepto de multiplicación de objetos materiales, hasta llegar al concepto actual en el que se admite la fijación por “cualquier medio”. En este sentido RIVERO HERNÁNDEZ (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 285) nos recuerda lo dicho por GRECO y PIOLA-CASELLI. Así, el primero entiende “por reproducción, en sentido legal, se entiende la multiplicación de objetos materiales idóneos para representar la obra del ingenio y hacer posible su conocimiento por parte de terceros mediante el uso de sentidos” (GRECO, Paolo, *I diritti sui beni immateriali*, Ed. G. Giappichelli, Turín, 1948, pág. 191). Para PIOLA-CASELLI la reproducción “se refiere a la multiplicación de objetos materiales (corpóreos) idénticos, o sea, de ejemplares materiales que, transferidos a la posesión exclusiva de los particulares, sirvan para representar su mente, por medio de los sentidos, la obra intelectual” (PIOLA-CASELLI, Eduardo, *Codice del diritto d'autore*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1943, pág. 286).

<sup>641</sup> En este sentido GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ nos habla de un proceso de “desmaterialización” del derecho de reproducción que difumina las barreras que claramente lo diferenciaban de la comunicación pública, por ello el concepto de reproducción tiende a ser funcional. Hay reproducción cuando por medio de ella es posible un uso ulterior de la obra y su percepción por los sentidos -GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2001, pág. 343.

La reproducción, a mayor abundamiento, puede ser provisional o efímera y permanente<sup>642</sup>. Atendiendo al concepto de reproducción resultante de la aplicación conjunta del art. 18 y el art. 31, las copias efímeras en red están exentas de autorización, al igual que las grabaciones efímeras que realizan los organismos de radiodifusión. Parece que el criterio interpretativo útil para determinar de aquellas reproducciones provisionales (efímeras) cuáles no deben entenderse comprendidas en el concepto que nos ocupa es la ausencia de significación económica, en la medida que no impliquen acceso a la obra y la posibilidad de disfrutar de la misma<sup>643</sup>.

Por ello, cabe concluir que la reproducción es fijación (por los distintos medios o soportes que permite el estado de la técnica actual, incluidos aquellos propios de la tecnología digital), siempre que permita su reproducción (obtención de copias materiales o inmateriales) y su comunicación<sup>644</sup> (percepción por los sentidos y comunicación a otros), de manera directa o indirecta (mediante la intermediación de cualquier sistema o dispositivo –v.gr. ordenador).

#### **4.2.- Configuración del derecho respecto de las interpretaciones audiovisuales.**

En este sentido, la remisión a tal concepto incorporada en el art. 107 TRLPI clarifica y armoniza este derecho de los artistas conforme a lo previsto en el art. 2 de la Directiva 2001/29/CE, haciendo estéril cualquier disquisición en torno a la exclusión de las reproducciones digitales del ámbito de las facultades exclusivas que ostenta el artista.

La remisión al citado art. 18, según se viene advirtiendo, conlleva para los artistas que sea necesaria su autorización para realizar cualquier tipo de reproducción de su interpretación, entendida como fijación, ya sea esta directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio, de todo o parte de su interpretación, por lo que, en principio, existe una discordancia entre el derecho autónomo previsto en el art. 106 y el art. 107.

---

<sup>642</sup> En el ámbito internacional, el Tratado de Beijing, en su art. 7, sigue esta misma estructura, y prevé, a favor del artista, el derecho exclusivo de reproducción directa o indirecta, por cualquier medio y procedimiento. A su vez, la Declaración concertada al anterior artículo, especifica que el derecho de reproducción se aplica plenamente al entorno digital, y como tal reproducción ha de entenderse el almacenamiento de una interpretación o ejecución fijada en una fijación audiovisual en formato digital en un medio electrónico.

<sup>643</sup> En el caso de las copias en memoria RAM el tratamiento, como nos indica GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, hay que buscarlo en los arts. 34.1. y 100.1 ambos del TRLPI, conforme a los cuales tales reproducciones sólo están permitidas para el usuario legítimo, en cuanto suponen pasos necesarios para que la autorización concedida tenga efectividad práctica. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en internet*, *óp.cit.*, pág. 349.

<sup>644</sup> No se alude a la comunicación “pública” en el art. 18, por ello, aunque no sean exigibles los requisitos que para tales actos impone el art. 20 del TRLPI, habrá que entender por comunicación, en su sentido etimológico, “compartir algo, o puesta en común”.

Por ello, se ha cuestionado el sentido y oportunidad de diferenciar, respecto de los artistas, especialmente en relación con los intérpretes audiovisuales, dos derechos como son el de autorizar la fijación y la reproducción; máxime cuando tal diferenciación no existe para otros titulares como los autores. Cuestionamiento que, incluso, se plantea en cuanto a la diferenciación entre los derechos de fijación y reproducción en el ámbito del artista, que pudiera restringir de algún modo el alcance del derecho de autorizar la reproducción, quedando desgajada la fijación; o si, por el contrario, carece de sentido, a la luz del tenor literal del art. 18, mantener tal diferenciación al quedar unificados los derechos de autorizar la fijación y la reproducción.

La interpretación de este precepto de manera conjunta con el derecho de fijación afectará por tanto al contenido sustantivo de ambos, en cuanto podrían entenderse excluidas del derecho de reproducción la facultad exclusiva de autorizar la fijación primera de las interpretaciones en vivo<sup>645</sup>, o cualquier forma de autorización de la primera fijación, de modo que la reproducción quedaría constreñida a la mera obtención de copias de la primera fijación de su interpretación.

Así las cosas, y por lo que al artista se refiere, con alcance general el TRLPI parece distinguir el derecho de fijación, como referido a la primera fijación de la actuación artística en vivo; mientras que el derecho de reproducción comprendería la realización de copias a partir de esa primera fijación (reproducción directa del original) y la reproducción de esa actuación fijada y comunicada (reproducción indirecta).

Ahora bien, con respecto al ámbito concreto de la producción audiovisual, en el que la actuación se realiza, no ante un público en directo o en vivo, sino con un fin específico inherente a las obras o grabaciones audiovisuales como es su comunicación al público (en el sentido previsto en el art. 20 TRLPI), una interpretación integradora de lo dispuesto por los arts. 106, 107 y 110 TRLPI, nos llevaría a desechar, o al menos cuestionar de manera fundada, esa independencia del derecho de fijación incluso respecto de la primera fijación. La aplicación en este caso de un criterio funcional nos permite inferir que en cuanto la fijación es requisito ineludible, e inherente a la reproducción definida en el art. 18 TRLPI, como paso previo para la comunicación al público (incluso para su reproducción-multiplicación, o distribución, todas ellas formas que integran las distintas ventanas de explotación de las obras o grabaciones audiovisuales), ha de entenderse que tal fijación queda comprendida en la reproducción. De este modo se despejan los interrogantes que suscita la ausencia de la facultad de autorizar la fijación de la presunción de

---

<sup>645</sup> Conforme a la construcción del derecho de fijación prevista en el Tratado de Beijing.



cesión del art. 110 TRLPI, al quedar esta integrada en la presunción de cesión del derecho de reproducción.

En último lugar, cumple incidir en que el único titular del derecho exclusivo es el artista y, por tanto, tan sólo puede ser ejercitado por éste. Sin el consentimiento o autorización del artista, o, en su caso, previa existencia de un contrato de interpretación en cuyo objeto se entienda comprendida la autorización de la fijación, cualquier reproducción de la fijación de su actuación sería ilícita. Por tanto, el derecho en su vertiente positiva, es decir, la facultad de autorizar, o el *ius prohibendi*, en su vertiente negativa, que atribuye al artista el art. 107, puede ser transferido, cedido, o ser objeto de licencias contractuales.

El apartado 2 del art. 107 prevé, al igual que para la fijación, la exigencia de que dicha autorización -o la cesión, licencia o transferencia a la que alude el apartado 3, en este caso- se otorgue por escrito. En consecuencia, tal forma escrita, por la razones apuntadas en relación con la autorización de la fijación, se entiende como requisito *ad probationem*<sup>646</sup>.

La Ley establece, no obstante, una excepción a la anterior exigencia de forma escrita para la cesión de este derecho. Así, el art. 110 TRLPI dispone que si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y comunicación pública previstos legalmente, en los términos que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato. En contra de tal presunción, tan sólo cabe una reserva expresa en el contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios para admitir que el artista conserve su derecho. No siendo así, el mismo es adquirido por el empresario o arrendatario (productor) con el alcance, eso sí, que se derive de la naturaleza y objeto del contrato. En este sentido, ha de imperar la interpretación restrictiva respecto al alcance y modalidades de reproducción que se presumen cedidas.

La presunción de cesión que contempla el art. 110 TRLPI adquiere especial sentido si consideramos la dinámica de las relaciones contractuales y la estructura del mercado de la distribución y explotación de las obras audiovisuales. Dicha presunción suele ir vinculada a la salvaguarda del contenido económico del derecho a favor del artista, a través de un derecho de

---

<sup>646</sup> *Vid.* Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 1998, en la que la Sala consideró que correspondía a la Administración demandada, en cuanto pretendía ostentar el derecho de reproducción adquirido por vía contractual, aprobar que ostentaba el derecho de reproducción y las formas de realizarla, como hecho impeditivo del actor que negaba tal autorización.

remuneración por la comunicación pública como forma de explotación principal generadora de ingresos. A su vez, en el caso de los actores, a través del convenio colectivo laboral se articula una compensación por la cesión del derecho de reproducción (y el resto de derechos exclusivos, como ya se ha referido) como garantía añadida.

## **5.- EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN.**

### **5.1.- Contenido y estructura general del derecho.**

El derecho de distribución, con carácter general, como el resto de derechos exclusivos, se manifiesta en una doble vertiente: positiva, esto es, la de autorizar tal forma de explotación; o negativa, prohibirla. Este derecho es reconocido tanto a los autores como, a los efectos que aquí interesan, a los intérpretes audiovisuales. Si bien, respecto de éstos, las facultades que ampara se modulan y estructuran de un modo específico en torno a las distintas modalidades que hallan amparo bajo esta forma de explotación.

Ahora bien, la definición de esta concreta forma de explotación para autores y artistas es común (y para el resto de titulares de los otros derechos de propiedad intelectual), por virtud de la remisión que el art. 109, que atribuye este derecho a los artistas, efectúa al art. 19 TRLPI.

La definición general de “distribución” se prevé en el apartado 1 del art. 19 TRLPI, en términos tales que se entiende como *la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.*

En consecuencia, los elementos o requisitos que configuran el concepto legal de distribución, por tanto, son los siguientes: a) la puesta a disposición y el acceso por parte del público; b) el objeto: soportes materiales o tangibles -originales o copias; c) formas de distribución: venta, alquiler, préstamo o cualquier forma.

La *puesta a disposición* –siguiendo la argumentación de RIVERO HERNÁNDEZ<sup>647</sup>- quiere decir que la proyección (comercial o dispositiva) de la obra [interpretación integrada en la misma, en este caso] hacia otros se ha hacer “públicamente”. Se trata del ofrecimiento al público, con la

---

<sup>647</sup> Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, óp.cit., pág. 309-310.

mera posibilidad de adquirir o no, sin que se requiera la consumación de la distribución. Es insuficiente, para el citado autor, una oferta de la obra o sus copias, con puesta disposición de una pocas personas, pertenecientes, además, a un círculo privado (familiares, un reducido grupo de amigos). Se exige que la distribución de la obra la lleve fuera de la esfera jurídica de su titular, y aún fuera del círculo familiar o de amistad. A su vez, el público ha de ser un grupo indeterminado y relativamente abierto de personas, esto es, indeterminado cualitativa y cuantitativamente.

El “objeto” es un soporte tangible<sup>648</sup> o material, que puede ser tanto el original (supuesto que estará referido en la mayoría de los casos a obras plásticas, pero que también podría abarcar, aunque no será lo normal, la copia máster de la obra audiovisual) y de sus copias (obtenidas a través de la reproducción o multiplicación de ejemplares de cualquier clase, *v.gr.* desde la cinta VHS, caída en la actualidad en desuso, a los más modernos DVD o Blue-ray Disc). La exigencia de soporte tangible distingue con toda precisión estas formas de explotación de aquéllas comprendidas en el concepto de comunicación pública (incluida la comúnmente y de manera impropia llamada distribución *online*, o puesta a disposición interactiva), que por definición exige la ausencia de distribución de ejemplares.

El derecho de distribución abarca las distintas modalidades de puesta a disposición del público que nominalmente cita y define el art. 19, así como “cualquier forma”, tal y como seguidamente se expone.

- El *alquiler*, según los arts. 19 y 109.3 TRLPI, es la puesta a disposición de los originales o copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto. No se comprenden en el concepto de alquiler la puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, y la que se realice para consulta *in situ*. Las notas distintivas de esta forma de distribución son, por tanto, el uso temporal limitado (no hay transmisión del dominio) y el beneficio comercial (directo o indirecto). En cambio, no se especifica en este caso, a diferencia del préstamo, que se considerará que no existe beneficio económico cuando concurra el pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento<sup>649</sup>.

---

<sup>648</sup> Términos incorporados a través de la reforma de este precepto por la Ley 23/2006, y que guardan relación con los “objetos” a los que se refería la Directiva 92/100/CEE.

<sup>649</sup> A nuestro juicio, no cabe interpretar analógicamente esta previsión respecto al alquiler, habida cuenta que ni la directiva de la que trae causa ni nuestra ley prevén esa aplicación, lo que nos lleva a pensar que esta solución responde a una voluntad específica del legislador.

- El *préstamo* (ex. arts. 19.4 y 109.4 TRLPI) es la puesta a disposición de ejemplares para uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, cuando el mismo se realice a través establecimientos accesibles al público. Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento. La reciente reforma de este precepto, llevada a cabo por la Ley 21/2014<sup>650</sup>, de 4 de noviembre, reitera la exclusión prevista en el párrafo segundo del apartado 3 del art. 109.3, precisando que no se comprenden en el concepto de préstamo la puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales y la que se realice para consulta *in situ*, además de las operaciones que se efectúen entre establecimientos accesibles al público. De modo que los aspectos sustantivos que identifican al préstamo y lo diferencian nítidamente del alquiler son la ausencia de beneficio económico y su realización a través de establecimientos abiertos al público.

- La *venta* (arts. 19.2 y 109.2 TRLPI), respecto de la cual la ley no establece una definición concreta, pudiéndose entender por tal la enajenación onerosa de la obra o copias por parte del titular del derecho a favor de un tercero.

- *Cualquier otra forma*, podrá ser cualquier otro acto o negocio distinto de los anteriores y no necesariamente oneroso que implique una transmisión de la propiedad del objeto<sup>651</sup> (v.gr. donación, permuta, etc.).

---

<sup>650</sup> Esta modificación se corresponde con la enmienda núm. 172, del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, y su justificación responde a la necesidad de subsanar la supresión de la Disposición final primera de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas. Todo ello de conformidad con el considerando (10) de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, señala que “procede, en aras de la claridad, excluir de los conceptos de alquiler y préstamo, a tenor de la presente Directiva, determinadas formas de puesta a disposición como puede ser la puesta a disposición de fonogramas o de películas (obras cinematográficas o audiovisuales o imágenes en movimiento, con o sin acompañamiento de sonido) para fines de representación pública o radiodifusión, la puesta a disposición con fines de exhibición, o la puesta a disposición para consulta *in situ*; que, con arreglo a la presente Directiva, el préstamo no incluye la puesta a disposición entre entidades accesibles al público.

<sup>651</sup> Sin perjuicio de que en el ámbito comunitario el derecho de alquiler y préstamo se distingue del derecho de distribución de los artistas (*vid.* arts. 2, 4 y 9 de la Directiva 92/100/CEE del Consejo), la interpretación de qué ha de entenderse como los otros actos de distribución que se realicen “en cualquier otra forma”, está resuelta por la Sentencia del TJCE, de 17 de abril de 2008, asunto C-456/06, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, por el Bundesgerichtshof (Alemania), formulada en el marco de un litigio entre Peek & Cloppenburg KG y Cassina SpA, sobre la interpretación del art. 4, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Al respecto el Tribunal de Justicia declara que: “El concepto de distribución al público del original de una obra o de una copia de ella por cualquier otro medio distinto de la venta, en el sentido de art. 4, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, supone exclusivamente una transmisión de propiedad del objeto. Por consiguiente, ni el mero hecho de ofrecer al público la posibilidad de usar las reproducciones de una obra protegida por derechos de autor ni la exposición al público de dichas reproducciones sin que se conceda siquiera la posibilidad de usarlas pueden constituir tal forma de distribución”.

## 5.2.- Configuración del derecho respecto de las interpretaciones audiovisuales.

El art. 109 TRLPI regula el derecho exclusivo de los artistas intérpretes de autorizar la distribución de las fijaciones de sus ejecuciones o interpretaciones una vez reproducidas.

El derecho de distribución a favor de los artistas se introduce por primera vez en nuestro ordenamiento a través de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Tal derecho, de forma autónoma, no estaba previsto en la anterior LPI de 1987 -a pesar de que la misma sí se lo atribuía a otros titulares de derechos conexos como los productores de fonogramas o de grabaciones audiovisuales-, probablemente por carecer de reconocimiento, a su vez, en la Convención de Roma de 1961<sup>652</sup>.

El Tratado de Beijing reconoce a los artistas la facultad de autorizar la distribución respecto del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, mediante la venta u otra transferencia de propiedad de aquellos (derecho de distribución al que se refiere el art. 8). Y, a su vez, de manera singular e independiente (art. 9, bajo la rúbrica derecho de alquiler) se reconoce, a favor de los artistas audiovisuales, el derecho exclusivo a autorizar el alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales; incluso después de la distribución de aquellos realizada por el artista intérprete o ejecutante, o con su autorización.

En análogo sentido a la expresión empleada por nuestro legislador en los arts. 19 y 109, la declaración concertada relativa a los referidos arts. 8 y 9 aclara que los términos “original y ejemplares”, a los que aluden el derecho de distribución y el derecho de alquiler, se refieren exclusivamente a ejemplares fijados que pueden ponerse en circulación como objetos tangibles.

El contenido del derecho de distribución atribuido al intérprete audiovisual, en cuanto figura específica objeto de estudio, de manera concreta comprende, en esencia, a).- una facultad de autorizar y un *ius prohibendi* genérico sobre cualquier forma de distribución (art. 109.1 TRLPI) de sus interpretaciones fijadas (esto es, incorporadas a una grabación audiovisual, que normalmente

---

<sup>652</sup> El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 1996, incardina en su art. 8 el derecho exclusivo de autorizar la distribución o puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, mediante venta u otra transferencia de propiedad. Y, en su art. 9, prevé el derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas.

será objeto de multiplicación o reproducciones mediante copias en soportes tangibles), que se presumen cedidas al productor audiovisual respecto a la concreta forma del alquiler (art. 109.3.1º TRLPI); y b).- un derecho de remuneración por el alquiler cuando la autorización haya sido adquirida por el productor (art. 109.3.2º TRLPI). El fundamento del derecho de distribución no responde a la finalidad de garantizar al titular el monopolio a la explotación de su obra, sino asegurar el control, mediante la condiciones pactadas, para obtener una justa remuneración por las distintas formas de distribución.

El derecho de distribución, atendiendo a su propia configuración como un derecho exclusivo, conlleva, en todo caso, su ejercicio individual, de modo que es susceptible de transmisión, cesión o concesión de licencias contractuales. Por tanto, será el propio intérprete audiovisual quien negociará mediante pacto, ya sea en el contrato que suscribe con el productor, o en cualquier otra forma, la cesión o transferencia del derecho, con las especialidades que posteriormente se expondrán respecto a las modalidades de alquiler.

No se plantean, a diferencia del resto de derechos exclusivos, las dudas interpretativas sobre los requisitos de forma exigibles a la cesión de este derecho (la ley no exige de manera expresa la formalización por escrito); no obstante, y a pesar de que en este supuesto cabría, por aplicación analógica, la exigencia de forma escrita con el carácter *ad probationem* y los efectos ya descritos en relación con la fijación y reproducción, lo cierto es que tal formalización por escrito, por razones de seguridad del tráfico jurídico, se encuentra avalada, a su vez, por las prácticas contractuales imperantes del sector conforme a las cuales es un uso corriente incluir en el contrato de interpretación un pacto de cesión de este derecho.

### **5.3.- La distribución mediante venta.**

La distribución mediante venta u otra transferencia de la propiedad del soporte tangible que incorpore la grabación audiovisual en la que se integra la interpretación audiovisual, parece exigir en todo caso autorización del intérprete, habida cuenta que ni el art. 109, ni el art. 110, ambos TRLPI (referidos a la reproducción y comunicación pública), establecen presunción alguna de esta concreta forma de distribución. Ahora bien, la realidad de las prácticas contractuales del sector evidencia que el artista transfiere o cede su derecho de distribución al productor audiovisual mediante el contrato de interpretación.

Los arts. 19 y 109.2 TRLPI establecen que, cuando la distribución se realice por venta u otro título de transmisión de la propiedad<sup>653</sup> en el ámbito de Unión Europea, el derecho de distribución se extingue una vez efectuada la primera respecto de las ventas sucesivas que se realicen en dicho ámbito por el titular del mismo o con su consentimiento. Este principio, para el artista, tiene su origen en la Directiva 92/100/CEE, que fue incorporada al ordenamiento español por la Ley 43/1994<sup>654</sup>.

El denominado agotamiento del derecho implica que, una vez vendido el soporte (original o copia) en el que se incorpora la grabación audiovisual en la que se incluye la fijación de la interpretación artística en el ámbito de la Unión Europea (no así fuera de ese ámbito), y siempre que se trate de una enajenación (lícita), el comprador adquiere todas la facultades que le confiere su propiedad sobre el objeto material, pudiendo disponer libremente de él; extinguiéndose el derecho de distribución de su titular respecto a la ventas sucesivas de dicho soporte. Ahora bien, el comprador puede disponer mediante ventas posteriores del ejemplar material, pero no adquiere los derechos que la propiedad intelectual que confiere a los distintos titulares como consecuencia de su actividad creadora o interpretativa, por lo que no está autorizado, salvo que los haya adquirido por otra vía, para ejercitar ninguno de los derechos de explotación (derechos de reproducción, comunicación pública, transformación) o derechos morales sobre la obra o la interpretación artística que se contiene en el referido ejemplar.

Respecto a los artistas del sector audiovisual, de acuerdo con las prácticas contractuales imperantes en el sector, en la mayoría de los casos el productor será el titular del derecho de distribución al haber sido transferido este derecho por el artista. Cuando el productor vende o transmite mediante cualquier otro título la propiedad<sup>655</sup> (o un tercero con su consentimiento) el original o las copias de la obra o grabación audiovisual en la que han sido fijadas las interpretaciones artísticas, el derecho de distribución que le ha sido cedido por el artista se extingue respecto de las ventas o transmisiones de la propiedad sucesivas de esos soportes; quedando a salvo las otras formas de puesta a disposición del público, que no impliquen transmisión de la propiedad, evidentemente, como el préstamo o alquiler<sup>656</sup>. En consecuencia, el particular que adquiere la propiedad del soporte que contiene una grabación audiovisual, podrá vender dicho soporte pero en ningún caso está

---

<sup>653</sup> Queda excluidas, por tanto, las modalidades de alquiler y préstamo, en los que no existe propiamente una transmisión de la propiedad, sino una cesión temporal de su uso.

<sup>654</sup> Sobre la evolución del principio de agotamiento en relación con los autores y su reconocimiento jurisprudencial, *vid.* ROMÁN PÉREZ, Raquel, *Obras musicales, compositores, intérpretes, óp.cit.*, págs. 317-321; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, óp.cit.*, págs. 323-326.

<sup>655</sup> Aclaración que ha sido incluida mediante la reforma de la Ley 23/2003, ya que el art. 109 en su redacción originaria tan sólo se refería a la venta, con el consiguiente vacío legal respecto a otros títulos transmisivos de la propiedad.

<sup>656</sup> *Vid.* Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2006 y 12 de diciembre de 2001.

autorizado, en virtud del principio de agotamiento del derecho de distribución, para realizar cualquier otro acto de explotación de la grabación audiovisual que se contiene en el mismo.

El principio de agotamiento tan sólo opera respecto a las ventas o transmisiones de la propiedad que se realicen en el ámbito de la Unión Europea, según el último inciso del apartado 2, del art. 109. Esta regulación tiene su origen en el art. 9.2 de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, que prevé el agotamiento a nivel regional del derecho de distribución. La justificación de dicha norma viene impuesta por la desigual regulación que respecto a este derecho existe a nivel internacional, así como por la protección del mercado comunitario y el desarrollo de la libre circulación de bienes en la Unión Europea.

De este modo, el titular del derecho de distribución (esto es, el productor audiovisual que haya adquirido el derecho de distribución mediante venta del artista, o el cesionario de aquel) no podrá impedir la importación de los soportes de grabaciones audiovisuales cuya venta se autorizó en cualquier Estado miembro de la UE, pero sí podrá impedir la de soportes vendidos en un Estado extracomunitario.

#### **5.4.- La distribución mediante alquiler.**

El ejercicio del derecho de alquiler responde al esquema propio de los derechos de remuneración. De modo que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 109.3.1º TRLPI, cuando el intérprete audiovisual celebra individualmente con un productor de obras o grabaciones audiovisuales un contrato de interpretación para la realización de las mismas, se presume (presunción *iuris tantum*) que, salvo pacto en contrario y a salvo el derecho irrenunciable a la remuneración equitativa, ha transferido su derecho exclusivo de autorizar el alquiler. Es decir, el productor adquiere, por vía presuntiva, el derecho exclusivo, esto es, la facultad de realizar por sí mismo o autorizar el alquiler de las interpretaciones fijadas en el original o copias de la obra o grabación audiovisual. Sin perjuicio de la cesión de su derecho exclusivo, el artista conserva el derecho a percibir un derecho de remuneración de carácter irrenunciable e intransmisible (art. 109.3.2º). De este modo, el artista conserva la facultad de participar en los beneficios obtenidos por el alquiler, o el contenido económico del derecho exclusivo de alquiler, cuya facultad de autorizar o prohibir pertenece ya al productor.

Es cierto que la presunción admite pacto en contrario, de mediar éste, el artista conservaría íntegramente su derecho exclusivo, sin embargo, esta opción no responde ni a la realidad del



mercado ni a las cláusulas contractuales habituales del sector. Ello se justifica, a su vez, por la necesidad del propio productor de contar con todas las autorizaciones necesarias para llevar a cabo, con cierta seguridad jurídica, estos actos de explotación. A esta necesidad atiende, igualmente, la presunción del derecho de distribución que el art. 88 TRLPI establece con respecto a los autores de obras audiovisuales. De tal presunción de cesión del derecho de distribución, tan sólo quedan exceptuados los autores de obras cinematográficas en relación con los actos de distribución mediante venta destinada al consumo doméstico, probablemente por considerar, en una visión quizá algo arcaica, que el destino principal de la obra cinematográfica es su exhibición en salas y que esa otra modalidad para consumo doméstico no se corresponde con la naturaleza y objeto del contrato para la realización de una obra cinematográfica. No obstante, existe una discordancia entre la anterior excepción del art. 88 y la presunción de cesión del derecho de alquiler prevista en el art. 90.2 TRLPI -para cualquier tipo de grabación audiovisual- cuando el autor suscribe con el productor de grabaciones audiovisuales un contrato para la producción de las mismas, sin perjuicio del derecho irrenunciable del autor a percibir una remuneración equitativa. Tal tensión o discordancia, a juicio de una parte de la doctrina<sup>657</sup>, se ha de resolver a favor de la presunción de cesión del derecho de alquiler de las obras cinematográficas, como especie de las obras audiovisuales, contenida en el art. 90.2 TRLPI.

Los deudores del pago del derecho de remuneración atribuido a los artistas serán quienes lleven a efecto las operaciones de alquiler al público de los soportes materiales de las grabaciones audiovisuales en su condición de derechohabientes de los titulares de los correspondientes derechos de autorizar dicho alquiler (art. 109.3.2º TRLPI). Por tanto, el obligado al pago de la remuneración no es el productor sino el usuario, esto es, quien realice las operaciones de alquiler al público (video-clubs<sup>658</sup>).

El derecho a la remuneración equitativa, asimismo, se hará efectivo a través de las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual (art. 109.3.2º, inciso final).

## **5.5.- La distribución mediante préstamo.**

Al igual que la distribución mediante venta, la distribución mediante préstamo precisará en todo caso autorización del intérprete, ya que no se presume cedida mediante la suscripción del contrato de interpretación (el art. 109.3.1º sólo establece la presunción de cesión del alquiler, y el art. 110

---

<sup>657</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2007, *óp. cit.*, págs. 1181-1182.

<sup>658</sup> A pesar de adoptar la denominación de “videoclubs por *streaming*”, en realidad no cabe calificar su actividad como alquiler habida cuenta que no concurre la necesaria distribución de soportes tangibles o materiales.

TRLPI, como vimos, tan sólo incluye en la presunción de cesión que regula la reproducción y comunicación pública). Reiteramos, a su vez, lo expuesto sobre la habitual adquisición, por vía contractual, de esta forma de distribución por parte del productor de grabaciones audiovisuales.

En cuanto al préstamo conviene detenerse en una cuestión específica, de nulo efecto económico para el intérprete, pero de cierto interés desde el punto de vista jurídico.

Tal cuestión versa sobre el límite previsto en el apartado segundo del art. 37 TRLPI, que excluye de la necesaria autorización por parte de los titulares (incluidos los artistas) los préstamos que realicen, en este caso de obras o grabaciones audiovisuales, los museos, archivos, bibliotecas (en aquellos supuestos en los que en sus fondos o catálogos se comprendan obras o grabaciones audiovisuales); filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro; instituciones docentes integradas en el sistema educativo español.

No obstante la existencia de tal límite, las anteriores instituciones resultan obligadas a remunerar a los autores por los préstamos que realicen conforme a la cuantía que se determine mediante Real Decreto. Esta remuneración se ha de hacer efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Empero, conforme a lo previsto en el art. 132 TRLPI, -que prevé la aplicación subsidiaria de determinadas disposiciones del Libro I-, se excluye de la categoría de acreedores de esta remuneración, sin justificación alguna, a los otros titulares de derechos comprendidos en el Libro II, entre los que se incluyen los intérpretes audiovisuales.

Ello conlleva una discriminación carente de fundamento y justificación, habida cuenta que el derecho de préstamo que ostentan los intérpretes responde a una misma naturaleza que el atribuido a los autores audiovisuales, sobre los que opera a mayor abundamiento la presunción de cesión del derecho de distribución (incluido el préstamo) impuesto, como vimos, en el art. 88 TRLPI. La legalidad de tal exclusión es más que cuestionable, atendiendo a la regla interpretativa sobre la aplicación de los límites prevista en el art. 40 bis, toda vez que se priva a los intérpretes de la facultad de autorizar los préstamos efectuados, al amparo del límite previsto en el art. 37.2 TRLPI, sin compensación alguna.

## **6.- EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA.**

### **6.1.- Contenido y estructura general del derecho.**

El derecho de comunicación pública que ostenta el intérprete audiovisual, tanto en su vertiente de derecho exclusivo, como en su configuración como derecho de remuneración, se regula (de manera no muy ortodoxa por la compleja y no siempre depurada técnica legislativa empleada en su redacción) en el art. 108 TRLPI.

El antecedente inmediato de esta norma, en su estructura básica y configuración<sup>659</sup>, se remonta a la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Cuyas disposiciones fueron incorporadas al TRLPI de 1996, y, posteriormente, modificadas por la Ley 23/2006, de 7 de julio<sup>660</sup>.

Ahora bien, tras las anteriores modificaciones, se podría llegar a pensar que cada uno de los apartados del art. 108 responde a unos antecedentes y realidades jurídicas y de mercado diferentes, salvo el último apartado número 6 que es de común aplicación a todos los supuestos en que se regula el derecho de remuneración. Sin embargo, el derecho de comunicación pública responde a un esquema único (con la salvedad de la retransmisión por cable, ya advertida), de modo que el intérprete audiovisual ostenta un derecho exclusivo de autorizar cualquier acto de comunicación pública, en los términos en que tal modalidad de explotación es definida en el art.

---

<sup>659</sup> El ordenamiento jurídico español, como vimos supra, reguló por primera vez el derecho de comunicación pública de los artistas en la Ley 22/1987. Así el art. 102 de ese cuerpo legal, inspirado en el art. 7 de la Convención de Roma, reconocía al artista en su párrafo primero el “derecho exclusivo de autorizar la reproducción y comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones”, si bien en su párrafo tercero establecía que “al celebrar un contrato de interpretación o ejecución para realizar un fonograma o una obra audiovisual el artista autoriza la reproducción y comunicación pública de dicha interpretación o ejecución, sin perjuicio de lo establecido en el art. siguiente”. No obstante, y a pesar de tal presunción debería entenderse sin perjuicio de una compensación económica, el art. 103, no contemplaba ese derecho de compensación económica para los intérpretes audiovisuales.

<sup>660</sup> La modificación del art. 108 del TRLPI, entre otros (v.gr., el art. 20.2.i), con objeto de regular de manera explícita el derecho de puesta a disposición interactiva, según reza el Preámbulo de la citada Ley 23/2006, constituye una de las novedades más destacables de dicha ley. El legislador admite que tal modificación no conlleva el reconocimiento de un nuevo derecho, por cuanto la puesta a disposición interactiva constituye una modalidad del actual derecho de comunicación pública que, teniendo en cuenta los amplios términos en los que el derecho está definido en el texto refundido, se ha venido entendiendo que quedaba incluida en él. No obstante, se incluye expresamente, en aras de la claridad y de una mayor seguridad jurídica, lo previsto en la Directiva de la Sociedad de la Información en sus justos términos, por lo que la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales necesarias para facilitar o efectuar una comunicación no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de esta ley. Esta norma modificativa TRLPI, no obstante, incide en lo que concierne a la regulación del art. 108, incluyendo no sólo el referido derecho de puesta a disposición, ya que, con un propósito aclaratorio y de mejora técnico-jurídica, se suprime del desacertado y polémico calificativo de “única” cuando se refiere a las remuneraciones que han de satisfacer los usuarios de grabaciones audiovisuales.

20<sup>661</sup> TRLPI, que es cedido (bien por vía presuntiva o contractual) a favor del productor audiovisual, mediante la suscripción de contrato para la realización de una producción audiovisual. Sin perjuicio de tal cesión, el artista, por disposición legal, conservará el derecho exclusivo de remuneración, de carácter irrenunciable e intransmisible, cuyo ejercicio colectivo obligatorio se encomienda, por mandato legal, a la correspondiente entidad de gestión (sistema próximo al de una licencia legal<sup>662</sup>). Todo ello bajo el fin último de hacer partícipe o reservar al artista el contenido económico de su derecho.

Sentado lo anterior, no obstante, procede clarificar, dentro de los distintos apartados del art. 108 TRLPI, cómo se estructura la especial configuración anteriormente descrita respecto al intérprete audiovisual y cuáles son sus antecedentes normativos.

- El derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública se prevé, con carácter general, en el art. 108.1.a), que procede de la redacción del art. 102 de la LPI de 1987 que, a su vez, se inspiró en el art. 12 de la Convención de Roma. El apartado 1.b) que ampara el derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición interactiva constituye una reformulación del art. 3.2 de la Directiva 2001/29/CE, incorporada por la Ley 23/2006. El derecho de autorizar la retransmisión por cable del último párrafo del apartado 1, que se somete a un sistema de gestión colectiva obligatoria<sup>663</sup>, procede de la transposición de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

---

<sup>661</sup> A diferencia de los arts. 107 y 109, el art. 108 no contiene una remisión expresa al precepto que disciplina o define la concreta modalidad de explotación amparada por el derecho que regula, salvo por las remisiones expresas a lo previsto en el art. 20.2.i) y a los apartados 3 y 4 del citado art. 20. De modo que, a pesar de que la literalidad del art. 108 no se remite al art. 20 en su conjunto, la aplicación de este precepto resulta de lo previsto en el art. 132, que dispone la aplicación subsidiaria de las disposiciones contenidas en la sección 2ª, del capítulo III, del Título II, del Libro I (De los derechos de explotación).

<sup>662</sup> RODRÍGUEZ TAPIA considera que “la redacción actual del art. 108 parece abrir la ventana (...) a las licencias no voluntarias, esto es, la exclusión, de ciertos actos de utilización de las actuaciones fijadas en un fonograma o videograma, del *ius prohibendi* de artistas (...), que se limitan o resignan a tener un mero derecho de remuneración, pero que, o no pueden impedir su utilización sin permiso (licencia legal), o están forzados a autorizar previa notificación (licencia forzosa)”. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1997, *op. cit.*, pág. 418. No podemos compartir plenamente tal posicionamiento, ya que en este caso el artista no es privado de su facultad de autorizar, sino que tan sólo se presume cedida la misma, y se admite prueba en contrario, esto es, que el artista se reserve esa facultad de autorizar y el *ius prohibendi* que acompaña como contrapartida al anterior, al igual que tampoco se ve obligado el artista por ley a conceder la autorización de manera forzosa, por ello hemos manifestado que nos encontramos ante una figura próxima a la licencia legal, pero sin afirmar que estemos ante tal supuesto.

<sup>663</sup> El Considerando nº. 28 de la Directiva 93/83/CEE da una justificación de dicho contenido en los siguientes términos: “(...) a fin de evitar que las pretensiones de terceros titulares de derechos sobre elementos constitutivos de los programas impidan el buen funcionamiento de las relaciones contractuales en la medida requerida por las particularidades de la distribución por cable, conviene establecer, con la obligación de recurrir a sociedades de gestión colectiva, un ejercicio exclusivamente colectivo del derecho de autorización; que ello no afecta al derecho de autorización en sí, sino a su forma de ejercicio (...)”.

El art. 108.1 TRLPI, tanto en su apartado a) como b), articula este derecho como un derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública, incluida la puesta a disposición interactiva, toda vez que, a pesar de la singularidad con la que es tratada por el legislador, la puesta a disposición interactiva es una especie o modalidad de aquel género o forma de explotación (la comunicación pública como concepto definido en el art. 20). Siendo así, el artista tiene reconocido el derecho a autorizar (o prohibir) todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Por tanto, este derecho se concreta en la autorización de todo acto que permita hacer llegar al público, considerado como grupo de personas ajenas al círculo familiar o de amistad del responsable de la comunicación al público, en cuanto destinatario último, las interpretaciones artísticas sin ningún soporte material inmediato, sino con la sola atención personal del espectador.

- El derecho de remuneración por la puesta a disposición interactiva se regula en los apartados 2 y 3, y trae causa del art. 3.2 de la Directiva 2001/29/CE, y de su trasposición por la Ley 23/2006.

- El párrafo 1º del apartado 5 ampara el derecho de remuneración por los actos de comunicación al público previstos en las letras f) y g) del art. 20, esto es, la retransmisión por cable por entidad distinta de la de origen, y la emisión o transmisión en lugar accesible al público. El citado párrafo encuentra su antecedente en la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, con la modificación introducida por la Ley 23/2006, por la que se suprime el calificativo de “única” que acompañaba a los términos “remuneración equitativa”.

- En el párrafo segundo del apartado 5 se disciplina el derecho de remuneración por otras formas de comunicación al público, distintas a la retransmisión por cable, la comunicación en lugares abiertos al público, o la puesta a disposición interactiva. En consonancia con su tenor literal, que no prevé exclusiones, se refiere, por tanto, a los actos de comunicación pública originaria (la proyección o exhibición pública, la emisión de cualesquiera obras por radiodifusión, la radiodifusión o comunicación al público vía satélite, la transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo), o cualquier otra forma de comunicación al público, habida cuenta que la relación de actos enumerados en el art. 20 es *numerus apertus*, lo que dota de la flexibilidad necesaria a la actual regulación, que permite integrar cualquier nueva modalidad de comunicación que pueda surgir, con la sustantividad necesaria para diferenciarse de las ya enunciadas actualmente en el art. 20. Este párrafo tiene su origen en la Ley 43/1994, de 30 de diciembre.

La anterior diversidad de fuentes condiciona una interpretación casi aislada de cada apartado, e imposibilita una descripción común de los antecedentes de carácter histórico, sin perjuicio de la diversidad de fundamentos que subyacen en cada uno de ellos.

## **6.2.- La transmisión presuntiva y convencional de las facultades exclusivas.**

El derecho exclusivo que se construye a lo largo del art. 108 TRLPI confiere al intérprete la facultad de autorizar la comunicación mediante cualquiera de los actos enumerados, sin carácter taxativo, en el art. 20.2 TRLPI; incluida la puesta a disposición interactiva. Entre los actos de comunicación pública que el artista puede autorizar, se encuentran todos los citados en el art. 20 TRLPI, (*v.gr.*, televisiones por cable, videos y televisiones instalados en las habitaciones de los hoteles, clínicas, etc.) y cualquier otra forma que satisfaga los requisitos del art. 20.1 TRLPI.

Ahora bien, el tenor literal del apartado 1. a) del art. 108, de confusa redacción, precisa una recta interpretación para confirmar el verdadero alcance de este derecho exclusivo. Así, el antedicho precepto nos dice que corresponde al artista el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus actuaciones, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión (es decir, cuando la interpretación en vivo se emite de manera simultánea), o cuando se realice a partir de una fijación previamente autorizada (*v.gr.*, cuando con anterioridad a la interpretación, el artista ha autorizado tal fijación en el contrato de producción audiovisual). Y ello, dado que en ambos casos el artista habría ejercitado su derecho de autorizar la comunicación pública (bien por la mera presencia y ejecución de la interpretación ante la cámara, bien mediante el concurso de su voluntad manifestado en el contrato de interpretación para la realización de una obra audiovisual).

Algún sector interpreta que en los dos casos citados no existe tal derecho de autorizar la comunicación al público. Sin embargo, opinamos que tal interpretación no es la correcta, sino que de la norma se infiere la distinción entre un doble régimen, por un lado, respecto a las actuaciones o interpretaciones en vivo o no fijadas y aquéllas que en sí mismas constituyan una radiodifusión en directo; y, por otro, aquellas fijadas previamente por cualquier medio, soporte o sistema para ser comunicadas en un momento posterior. En todos los supuestos comprendidos en apartado 1.a) en los que pudiera parecer una excepción o exclusión, el derecho exclusivo de

autorizar la comunicación pública existe<sup>664</sup>; no obstante, se ejercita en el momento mismo en que es autorizada la fijación de la interpretación conforme al art. 110 TRLPI (en el momento en que se suscribe el contrato correspondiente<sup>665</sup>), o cuando la interpretación constituya una actuación en sí misma transmitida por radiodifusión (por ejemplo, la representación teatral u otro espectáculo artístico radiodifundido de manera simultánea), la autorización de la comunicación pública, o bien se halla implícita en el objeto del contrato, o bien estará comprendida entre los efectos propios de la autorización prestada para su fijación o reproducción con fines de comunicación pública.

En todo caso, pero sin diferenciar la existencia o no de una fijación previamente autorizada, se establece en el apartado 1.b) del mismo art. 108 el derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición interactiva (a través de la red) de las actuaciones artísticas fijadas, que será objeto de análisis específico en sucesivos epígrafes.

La Ley exige que la autorización debe constar por escrito. Nos remitimos en este sentido a lo ya manifestado respecto al régimen de autorizaciones escritas que, con idéntico carácter, se prevé para los derechos de fijación y reproducción<sup>666</sup>.

Aún siendo así, fundamentalmente por la imposibilidad de controlar de manera individual tales actos de explotación y como garantía jurídica para el productor y los sucesivos usuarios que se verían imposibilitados de obtener las preceptivas autorizaciones de una multiplicidad de intérpretes, el TRLPI, en los arts. 108.2, 3, 4 y 5 en relación con el art. 110 TRLPI, prevé un mecanismo de cesión de las facultades que integran el derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público que corresponde al artista –próximo, pero no constitutivo de una licencia legal-, a cambio de atribuir al artista, en todo caso y de manera irrenunciable, un derecho a obtener una remuneración equitativa a cargo del usuario de la interpretación.

El precedente normativo del citado art. 110 se halla en el apartado 3 del art. 102 de la LPI de 1987, conforme al cual *al celebrar un contrato de interpretación o ejecución para realizar un*

---

<sup>664</sup> Esta interpretación se ve confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 de febrero de 2009 (asunto Telecinco-AIE), al declarar que: “El art. 122.1 LPI debe interpretarse en el sentido de que el derecho de autorizar la comunicación pública cuya titularidad corresponde a los artistas intérpretes o ejecutantes únicamente se traslada a los productores en el caso de que haya existido autorización por parte de aquellos, bien expresamente, bien mediante las presunciones establecidas en la LPI”.

<sup>665</sup> Como hipótesis teórica cabría argumentar en contra que la interpretación integrada en una obra videográfica, destinada principalmente a su distribución en cualquier tipo de soporte, sea magnético o digital, no se ajusta a este supuesto y su finalidad no es la comunicación pública, mas ello no responde a la realidad del mercado audiovisual, en el que se contemplan todas las posibles ventanas de explotación por parte del productor audiovisual a la hora de adquirir los derechos exclusivos del artista por vía contractual.

<sup>666</sup> Vid. epígrafe 3 del presente Capítulo.

*fonograma o una obra audiovisual, el artista autoriza la reproducción y comunicación pública de dicha interpretación o ejecución, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente.* El siguiente art. 103 regulaba, tan sólo, el derecho de remuneración por la comunicación al público de las interpretaciones fijadas en fonogramas. La posterior Ley 43/1994, que amplió el elenco de derechos de los intérpretes audiovisuales, en su art. 7, apartado 3, establecía la presunción de cesión del derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público por el contrato de producción de una grabación audiovisual<sup>667</sup> y dejaba a salvo el derecho de remuneración irrenunciable a favor del artista. De la refundición y armonización de los arts. 102 y 103 de la LPI de 1987 y del art. 7.3 de la Ley 43/1994 surge el actual contenido del art. 110.

Finalmente, la vigente redacción del art. 110 TRLPI procede de la refundición de 1996, con la ligera modificación formal operada por la Ley 23/2006, obligada por la nueva estructura y numeración de los apartados del art. 108, como consecuencia de la regulación del derecho de puesta a disposición. El art. 110, en efecto, establece un régimen común de presunción de cesión de los derechos exclusivos de autorizar la reproducción o comunicación pública, que afecta a las interpretaciones fijadas en grabaciones audiovisuales<sup>668</sup> realizadas en cumplimiento de un contrato de interpretación, con independencia del tipo de relación contractual (laboral o no<sup>669</sup>) que se establezca con el productor audiovisual o arrendador de los servicios del artista. Tal sistema presuntivo, de manera coherente se cohesiona con la especial configuración de un derecho de remuneración por comunicación al público que corresponde al artista por sus interpretaciones fijadas en grabaciones audiovisuales, al tiempo que afianza el efecto garantista de su especial sistema de gestión colectiva obligatoria y de su carácter irrenunciable.

Por tanto, el art. 110 TRLPI<sup>670</sup> ampara una presunción *iuris tantum* de cesión de determinados derechos o facultades (la autorización de la reproducción y la comunicación pública) atribuidos al artista a fin de favorecer la comercialización de las creaciones intelectuales<sup>671</sup> y no perjudicar

---

<sup>667</sup> El artículo 7.3 de la Ley 43/1994 disponía: “Al firmar un contrato de producción de una grabación audiovisual entre un artista intérprete o ejecutante y un productor de grabaciones audiovisuales el artista intérprete o ejecutante autoriza la comunicación pública de su actuación. Sin perjuicio de lo anterior, el artista intérprete o ejecutante conservará, de forma irrenunciable el derecho a obtener una remuneración equitativa y única por la comunicación pública de su actuación”.

<sup>668</sup> También a aquellas fijadas en fonogramas.

<sup>669</sup> A lo largo de este estudio ya hemos hecho referencia a la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, que afecta igualmente a los intérpretes audiovisuales.

<sup>670</sup> El art. 110, bajo el título “Contrato de trabajo y de arrendamiento de servicios” dispone: “Si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato. Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación a los derechos de remuneración reconocidos en los apartados 3, 4 y 5 del art. 108”.

<sup>671</sup> PÉREZ DE CASTRO, en relación con la presunción de cesión del derecho de comunicación al público, distribución, reproducción, doblaje y subtitulado de la obra, que el art. 88 establece para los autores de la obra audiovisual por la firma de un contrato para una producción audiovisual, abunda en esta idea, y en la facilidad probatoria de los consentimientos necesarios, al argumentar: “La presunción de cesión se incardina en un contrato de producción audiovisual a fin de favorecer la posición del



al resto de titulares dispuestos a autorizar. Si la interpretación se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo/laboral<sup>672</sup> (que es lo habitual) o de arrendamiento de servicios<sup>673</sup>, se entenderá que hay una presunción *iuris tantum*, salvo que se pacte expresamente lo contrario, esto es, que el productor o arrendador adquiere el derecho de autorizar la comunicación pública y la reproducción. Ello significa, a efectos prácticos, que el intérprete cede al productor de grabaciones audiovisuales las facultades que integran estos derechos a fin de que éste pueda, a su vez, conceder las autorizaciones necesarias a terceros; salvo que el artista incluya en el contrato las prevenciones oportunas (reservas) para destruir tal presunción de cesión (lo que comportaría una dificultad de ejercicio considerable para el artista y obstáculos para la comercialización de la producción audiovisual por parte del productor).

No especifica ninguno de los preceptos que venimos examinando si la cesión se entiende concedida con carácter exclusiva o no, si bien una interpretación sistemática de los mismos, junto con las prácticas contractuales del sector, y por analogía con lo previsto en el art. 88, nos lleva a considerar que sí se trata de “cesión en exclusiva”<sup>674</sup>. De este modo, se atribuye al productor la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio artista y, salvo pacto en contrario, la de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Asimismo, confiere al productor la

---

productor en tanto trata de poner de manifiesto que determinados derechos le han sido cedidos y ello se acreditará por la existencia del contrato al que se está haciendo referencia. No sólo se le permite de esta forma recuperar lo invertido sino que se le acredita como titular derivativo de los derechos frente a terceros, lo que le legitima para explotar la obra. Ahora bien esta presunción no es *iuris et de iure* sino *iuris tantum* de tal forma que si se celebra un contrato de producción audiovisual y en él no se introduce ninguna salvedad respecto a los derechos que se presumen cedidos, se entenderán incluidos los especificados en la norma”. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2007, *óp. cit.*, pág. 1178. Ese mismo alcance probatorio es defendido por RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 278.

<sup>672</sup> Este contrato laboral o de producción, en realidad, salvo la especialidad de su contenido obligacional impuesto por la peculiar relación laboral que une a las partes, no difiere del resto de los contratos laborales. Por medio de este tipo de contrato se crea una relación jurídica en virtud de la cual el artista, en cuanto trabajador por cuenta ajena, ofrece y presta sus servicios a un empresario (productor) a cambio de una retribución (salario), correspondiendo al empresario-productor la organización del trabajo y su puesta a disposición del público mediante una contraprestación económica, además de asumir los riesgos de empresa que le sean propios. No obstante, esa relación de dependencia en modo alguno debe coartar la libertad expresiva, artística o intelectual con la que el artista debe desarrollar su trabajo interpretativo ya que, sin la independencia necesaria, resultaría en extremo complicado para el artista alcanzar el nivel o calificación de creación artística, lo que, obviamente, le separa del trabajador ordinario. A ello contribuye, no obstante, el hecho de que el empleador (productor) no es quien dirige y organiza el trabajo del actor sino el director realizador. Ahora bien, el hecho de que de manera generalizada- así lo prevé el convenio colectivo- se incluyan en los mismos cláusulas relativas a la cesión o autorización de derechos intelectuales, dotan a esta modalidad contractual de unos caracteres ciertamente específicos.

<sup>673</sup> A través del contrato de coproducción, la relación adopta una estructura mixta en el sentido de que el artista forma parte del proyecto de producción, sin que la retribución por la prestación de la interpretación constituya un salario, sino que, al asumir junto con el productor el riesgo empresarial o el éxito que pueda alcanzar la obra en el mercado, participará de los beneficios de explotación de la misma mediante una cuota o un porcentaje sobre los mismos. En este caso la naturaleza de la relación contractual, obviamente, no es exclusivamente laboral, sino que también participa de los contenidos y caracteres propios del arrendamiento de servicios o de cualquier modalidad contractual de carácter asociativo, y, con sujeción, en ambos casos, a la regulación que al respecto contenga el Código civil. En otras ocasiones, el artista junto con otra o varias personas, incluso con el productor, constituyen una sociedad mercantil, a la que el artista, para la prestación de sus servicios profesionales, es contratado a través de dicha sociedad, la cual, en ciertos casos, además, financia económicamente el proyecto de la producción.

<sup>674</sup> Este mismo criterio es compartido por SÁNCHEZ ARISTI, quien considera que a pesar del silencio al respecto, y siempre con las limitaciones que se deriven de la naturaleza y objeto del contrato, la cesión que el art. 110 LPI presume a favor del empresario o del arrendatario de los servicios del artista, debe considerarse hecha con carácter de exclusivo, pues no sería muy lógico que el artista pudiera propiciar una segunda cesión sobre la misma interpretación o ejecución a favor de un sujeto distinto del empresario o arrendatario que le ha contratado -SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 1492.

legitimación necesaria para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido, a tenor de lo dispuesto en el art. 48 TRLPI.

En cuanto al ámbito temporal y territorial de tales cesiones presuntivas, también guarda silencio la ley. Para determinar su alcance, a falta de algún criterio orientativo en la ley, habrá que estar a los términos que se infieran de la naturaleza y objeto del contrato. Si bien, los usos del sector pueden ilustrarnos en ese sentido, habida cuenta que de ordinario el ámbito temporal se extiende al máximo plazo de protección de las interpretaciones audiovisuales previsto en el art. 112 TRLPI -esto es, 50 años-, y el ámbito territorial se extiende a todos los países.

Todo ello, con la excepción del derecho exclusivo de autorizar la distribución por cable en el ámbito de Unión Europea, que se somete al sistema de ejercicio colectivo obligatorio por imperativo legal conforme a lo previsto en el art. 108.1, en relación con el art. 20.4.b), ambos TRLPI, de manera tal que cabe considerar tal facultad como irrenunciable e intransmisible por vía contractual, sustrayendo del ámbito de la autonomía de la voluntad del artista el ejercicio del derecho exclusivo de autorizar esta concreta forma de comunicación al público, cuya administración se confiere a la entidad de gestión correspondiente.

Y aunque resulta meridianamente clara la excepción referida y cuenta, además, con abundante tratamiento normativo, tal vez hubiera sido deseable un reforzamiento de la misma mediante su inclusión entre las excepciones recogidas en el párrafo segundo del art. 110.

Por tanto, la presunción de cesión contenida en el art. 110 TRLPI alcanza a los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública de los apartados 3, 4 y 5 del art. 108 (excepto la distribución por cable), cuyo ejercicio individual corresponde al artista, siempre y cuando no medie reserva expresa.

En coherencia con la finalidad a la que responde este tipo de presunciones, el apartado 2 del art. 108 TRLPI establece expresamente una presunción de transferencia a favor del productor del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición interactiva. Si bien, tal prevención resulta reiterativa e innecesaria, ya que siendo esta una forma más de comunicación al público, aun no mediando la presunción específica de esta concreta modalidad, la presunción operaría al amparo de lo previsto en el art. 110.

A su vez, según lo ya expuesto con anterioridad, el art. 109.3.1 TRLPI insta una presunción de cesión del derecho exclusivo de autorizar el alquiler a favor del productor de grabaciones audiovisuales cuando se celebre un contrato para la producción de las mismas.

Conforme al esquema de presunciones conformado en los arts. 108 y 109, salvo reserva o autorización expresa, el productor de grabaciones audiovisuales adquiere presuntivamente los derechos exclusivos de autorizar aquellas formas de explotación precisas para facilitar la comercialización de las producciones audiovisuales y así poder recuperar la inversión realizada. Y tales presunciones se han de entender circunscritas a las modalidades de explotación que se deriven de la naturaleza y objeto del contrato, en el sentido previsto en el art. 110, y ello a pesar de que ni el art. 109.3.1º ni el art. 108. 2 aclaren esta cuestión.

Los derechos afectados por la presunción de cesión tan sólo son la reproducción y la comunicación al público, sin que el art. 110 aluda al derecho de fijación o distribución. La razón de ser puede responder sencillamente a una falta de armonización de este precepto, a causa de las diferentes reformas que han afectado a los artículos concernidos. Recuértese que los derechos de fijación y distribución no se contemplaban como figuras autónomas en la LPI de 1987. Ahora bien, por cuanto se expuso al tratar el derecho de fijación y su relación con el derecho de reproducción, en los términos que esta modalidad de explotación es definida en el art. 19 TRLPI, no existen argumentos para entender que el derecho de fijación de las interpretaciones audiovisuales no se considere incardinado en la presunción de cesión del art. 110.

En cambio, no se alcanza a comprender cuál es la *ratio legis* que justifica el diferente trato dado con respecto a la presunción del derecho de distribución de autores y artistas audiovisuales, ya que tal presunción sí opera respecto a los primeros -ex art. 88 TRLPI-, no así para los artistas. La aplicación analógica del art. 88 TRLPI, junto con la aplicación del art. 1258 C.c., nos llevarían a concluir que también deben presumirse cedidas el resto de formas de distribución distintas al alquiler (que cuenta con presunción expresa) a través del contrato de interpretación para una producción audiovisual, en los términos que se deduzcan de la naturaleza y objeto de dicho contrato.

Tan sólo resta abordar una cuestión no resuelta por la norma, cual es si la presunción de cesión alcanzará a las modalidades o medios de explotación inexistentes en el momento de formalizar el contrato de interpretación. A nuestro juicio, la respuesta ha de ser negativa -a tenor de lo previsto en el art. 43.5 TRLPI-, a pesar de que el mismo no se comprenda entre las disposiciones que se

aplican con carácter subsidiario a los derechos de los artistas, y ello por más que algún sector doctrinal se ampare en la literalidad del art. 132 para argumentar lo contrario.

Conforme se anticipó en el epígrafe 3 anterior, y veremos seguidamente al examinar el último párrafo del art. 110, el régimen descrito conlleva una doble garantía: para el artista, ya que este sistema presuntivo acompañado de los correspondientes derechos de remuneración garantizan que participe en los beneficios generados por la explotación de sus interpretaciones; y para el propio productor, que ve garantizada la pacífica explotación y comercialización de su producción y de su inversión económica.

Ahora bien, como quiera que, según el art. 110, el artista transmite la facultad de autorizar la explotación mediante la comunicación al público de su interpretación fijada en una grabación audiovisual<sup>675</sup> (de forma presuntiva), y la ley le confiere a cambio un derecho de remuneración, el párrafo segundo del art. 110 excluye expresamente tales remuneraciones de esa presunción de cesión con la siguiente literalidad: *lo establecido en el párrafo anterior* [esto es la presunción de cesión] *no será de aplicación a los derechos de remuneración reconocidos en los apartados 3, 4 y 5 del art. 108*. Todo ello, unido a su ejercicio colectivo obligatorio, garantiza que el artista conservará el aspecto económico del derecho.

### **6.3.- El derecho de remuneración por los actos de comunicación pública.**

Como se ha ido desgranando en los epígrafes anteriores, el derecho de comunicación pública -al igual que el derecho de puesta a disposición o de alquiler- sobre las interpretaciones, se configura bajo el sistema de doble estructura. Esto es, de modo genérico y en primer término, el derecho de comunicación pública se articula como un derecho exclusivo de autorizar de ejercicio individual, si bien la ley impone un mecanismo de cesión presuntivo de ese derecho exclusivo, sin perjuicio de que el artista conserve en todo caso un derecho a obtener una remuneración equitativa, que habrá de satisfacer el usuario de la interpretación, no el productor.

Tres son las notas fundamentales que acompañan al derecho de remuneración por comunicación pública, y que constituyen requisitos *sine qua non* para dotar de eficacia a este sistema, y a la finalidad última que inspira la propia atribución o reconocimiento de derechos de propiedad

---

<sup>675</sup> Se subsana de este modo el error histórico del art. 103 de la LPI que confería tal derecho de remuneración tan sólo respecto a las interpretaciones fijadas en fonogramas, y ello, a pesar de que la presunción de cesión contenida en el art. 102 de dicha Ley de 1987, afectaba igualmente a las interpretaciones realizadas en cumplimiento de un contrato para la realización de una obra audiovisual, privando injustamente a los artistas de una justa compensación económica.

intelectual de naturaleza patrimonial a favor de los artistas, esto es, hacer partícipes a los mismos de los rendimientos generados por la explotación de sus interpretaciones. Estos presupuestos son: por un lado, el carácter irrenunciable e intransmisible del derecho de remuneración; por otro, el sistema de ejercicio colectivo obligatorio a través de una entidad de gestión, y; por último, la consideración de obligado al pago del usuario y no el cesionario.

### **6.3.1.- La irrenunciabilidad e intransmisibilidad del derecho de remuneración.**

Lo anterior se refiere a que no cabe la renuncia global, previa, ni definitiva al derecho de remuneración a través de los pactos que el productor pueda incluir en ese sentido en el contrato de interpretación suscrito con el artista. Por su parte, la intransmisibilidad impide que el intérprete pueda ceder o transmitir este derecho al productor a través del contrato de interpretación. Tales características se coligen de las condiciones fácticas que acompañan a las formas de explotación de este derecho (imposible previsibilidad, tanto del número de usuarios, como de los actos de explotación que se van a realizar de la interpretación; imposible control y ejercicio de un sistema de concesión de licencias individuales por una multiplicidad de titulares a una multiplicidad indeterminada de usuarios, lo que conlleva, a su vez, que sea impredecible conocer los beneficios derivados de la explotación de la interpretación artística y la consiguiente imposibilidad de determinar la compensación por la posible cesión).

Por tanto, con independencia de lo que pacte el artista en el contrato, siempre conservará el derecho a obtener de los usuarios que realicen actos de comunicación al público de la interpretación una contraprestación económica –la remuneración equitativa- por esta forma de explotación. Esta previsión constituye una importante garantía para el artista, pues con independencia de lo que el productor quiera o pueda hacer valer en los contratos (ya advertimos su situación de preeminencia), conservará el aspecto económico del derecho, al configurarse el mismo como un derecho de carácter irrenunciable, y ello a pesar de que tal carácter se eliminase en la refundición efectuada de la Ley 43/1994, que sí se refería expresamente al mismo. La irrenunciabilidad deriva, en todo caso, de su forma de ejercicio obligatoriamente colectiva. Por consiguiente, la remuneración económica no puede ser objeto de transacción, no tiene carácter disponible, ni se puede ceder contractualmente de manera individual.

Tal carácter irrenunciable, en unos casos es declarado de manera expresa por la propia norma, así respecto a la remuneración por la puesta a disposición interactiva, el art. 108.3 TRLPI dispone: *el artista intérprete o ejecutante que haya transferido o cedido a un productor de fonogramas o de*

*grabaciones audiovisuales su derecho de puesta a disposición del público a que se refiere el apartado 1.b), respecto de un fonograma o de un original o una copia de una grabación audiovisual, conservará el derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa de quien realice tal puesta a disposición.*

Con relación a las otras formas de comunicación pública, así lo expresaba su antecedente inmediato: el art. 7.3, párrafo segundo, de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre; si bien tal mención expresa, que no su verdadera naturaleza, fue eliminada en la versión refundida y armonizada del art. 108.3 aprobada en el texto inicial del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (actual art. 108.5). Mas ello no afecta a la configuración del derecho atendiendo a su propia naturaleza y especial sistema de gestión.

En relación con la referida supresión de la expresión “irrenunciable” en el art. 108.3 LPI, que sí recogía el art. 7.3 de la Ley 43/1994, ésta no puede comportar, a juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo<sup>676</sup>, una modificación sustancial en la naturaleza del derecho (dando lugar a un derecho transmisible) realizada a través de un Real Decreto Legislativo aprobado por el Gobierno que carece de facultades para ello; y, si así fuese, no podría ser tenida en cuenta por los tribunales en virtud del mandato de no-aplicación que contiene el art. 6 LOPJ respecto de los reglamentos contrarios a las leyes.

La transmisibilidad de este derecho de remuneración por comunicación pública ha sido fundamentada en el art. 43 TRLPI, que con alcance general ampara el carácter transmisible de los derechos de explotación de la obra por actos *inter vivos*. No obstante, tal tesis ha sido rechazada por el Tribunal Supremo habida cuenta que la interpretación del carácter transmisible de estos derechos está subordinada a que la ley no establezca lo contrario, expresa o implícitamente, al determinar la naturaleza del derecho y su forma de gestión.

Según el recto criterio del Alto Tribunal, el hecho de que el TRLPI establezca de manera expresa en determinadas ocasiones el carácter indisponible o irrenunciable del derecho a la remuneración equitativa, como ocurre en el art. 90 TRLPI o en el art. 109 TRLPI con los derechos a la remuneración equitativa de los artistas con ocasión de la cesión de derechos de alquiler o de distribución de fonogramas o grabaciones audiovisuales, no comporta a *sensu contrario* [por inversión lógica] que deba considerarse transmisible o susceptible de renuncia cualquier otro

---

<sup>676</sup> Sentencia núm. 55/2009, de 18 febrero, de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo.

derecho reconocido en la ley respecto del cual no se haga idéntica calificación. La necesidad de interpretar las leyes -redactadas no siempre con una técnica impecable- de acuerdo con los principios que las presiden en su conjunto, con su finalidad y con la realidad social del tiempo en que se aplican, determina que el argumento a contrario [por inversión] debe utilizarse con gran prudencia, puesto que comporta reconocer un carácter preponderante a supuestas consecuencias implícitas del tenor literal de la ley no siempre compatibles con el grado de rigor alcanzado por el legislador en la expresión de su voluntad, ni con la aplicación de los demás criterios interpretativos que abogan frecuentemente por una interpretación correctora o integradora.

Antes al contrario, nos ilustra el Tribunal Supremo, el derecho a la remuneración equitativa como institución difícilmente puede tener una naturaleza sustancialmente diferente por el hecho de que opere en relación con derechos de autor de diferente carácter, ya que la finalidad que persigue y, especialmente, su forma de gestión, responde a idénticos principios.

Respecto de aquellas opiniones que han sustentado la renunciabilidad y transferibilidad del derecho de remuneración bajo el argumento de una cesión contractual de los rendimientos económicos generados por este derecho de remuneración (conferida por el artista en favor del productor), y que serían adquiridos por el productor una vez practicado el reparto por la entidad de gestión correspondiente, cabría refutar tales tesis acudiendo al propio fundamento de los derechos de propiedad intelectual atribuidos al artista, ya que de ser ello admisible, el derecho de explotación, que es el derecho de remuneración, quedaría vacío de contenido y frustrado, por ende, el sentido y propósito de la norma.

En conclusión, el planteamiento de que es admisible la transmisión de los rendimientos económicos del derecho de remuneración es tanto como decir que cabe la transmisión del derecho en sí mismo, pues los derechos de contenido patrimonial, como son los del art. 108 TRLPI, en relación con el 17 de ese mismo cuerpo legal, sientan su fundamento en procurar a su titular un incentivo económico durante toda la fase de explotación de las interpretaciones artísticas (50 años desde su producción, en los términos del art. 112 TRLPI). No es sostenible tal planteamiento, pues se enfrenta al espíritu y objeto tutelados por la norma.

Con todo, lo deseable de *lege ferenda*, siquiera para evitar interpretaciones que defrauden el sentido de la norma referida, es que el precepto de manera explícita determine que el derecho es irrenunciable e intransferible por actos *inter vivos*.

### 6.3.2.- El ejercicio colectivo de manera obligatoria por una entidad de gestión.

Consecuencia de lo anterior y del sistema de ejercicio que estamos exponiendo es que el derecho de remuneración equitativa se somete a un régimen de gestión colectiva obligatoria<sup>677</sup>. Es decir, se deberá hacer efectivo a través de las entidades de gestión u organizaciones representativas de los derechos intelectuales de los artistas. Un artista individualmente considerado no puede ceder o transferir su derecho de remuneración, pues ésta se determina en base a un sistema de tarifa general por la entidad que representa a cada artista; el derecho y la remuneración se construyen colectivamente y sólo se concretan individualmente cuando se practica su distribución entre los artistas considerados a la hora de fijar la tarifa y bajo los criterios que, con carácter de mínimos, fija el art. 154 TRLPI.

Sin perjuicio de remitirnos a todo cuanto hemos anticipado en epígrafes anteriores sobre la clasificación de los derechos y a su forma de ejercicio, de especial aplicación general al tema que ahora abordamos, conviene precisar que todos los derechos de remuneración atribuidos al artista audiovisual a lo largo de los distintos epígrafes del art. 108 TRLPI, conforme a la redacción de su apartado 6, se tendrán que hacer efectivos, por mandato legal, a través de las respectivas entidades de gestión; comprendiendo tal obligación de efectividad las facultades y obligaciones propias de la gestión colectiva obligatoria descritas en los arts. 147 y siguientes del mismo TRLPI. Y, a su vez, el contenido de tal gestión colectiva se concreta, bajo el control público-administrativo - ex arts. 157 bis<sup>678</sup> y 159 TRLPI, en el desarrollo de las siguientes actividades: recaudar los rendimientos económicos de los derechos de los titulares mediante el establecimiento de tarifas generales, acuerdos o ejercicio de acciones judiciales, administrar en sentido amplio los anteriores rendimientos y distribuir o repartir los rendimientos entre los titulares bajo el principio rector de la proporcionalidad (art. 154)<sup>679</sup>. Para ello, la gestión colectiva descansa sobre un régimen de legitimación especial que emana directamente de la Ley (art. 150 TRLPI) y no de la encomienda o mandato particular de cada uno de los titulares de los derechos gestionados colectivamente.

---

<sup>677</sup> En contrapartida constituye una obligación para las entidades de gestión hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en la Ley, según prevé el apartado 4 del art. 157 del TRLPI.

<sup>678</sup> El art. 157 bis, introducido por el número diecisiete del artículo primero de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, desarrolla la facultades de supervisión de la Administraciones competentes (el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte o la correspondiente Comunidad Autónoma, en función del ámbito principal de actuación de la entidad) y prevé que *1. Las Administraciones competentes velarán por el cumplimiento de las obligaciones que incumben a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. Con este fin, las Administraciones competentes podrán realizar las actividades de inspección y control que consideren convenientes, recabando, cuando resulte necesario, la colaboración de otras entidades públicas o privadas. 2. Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual estarán obligadas a colaborar con las Administraciones competentes y atender diligentemente a sus requerimientos de información y documentación.*

<sup>679</sup> Criterio rector del reparto que, a tenor de la nueva redacción del citado art., según su reciente modificación por la Ley 21/2014, puede ser complementado, en virtud de acuerdo adoptado al efecto por la Asamblea general de cada entidad, con ciertas reglas que tengan en cuenta, en el reparto a las obras, interpretaciones, ejecuciones o transmisiones culturalmente relevantes, o su naturaleza, primicia o cualquier otro aspecto objetivamente razonable, así como los acuerdos internacionalmente alcanzados.



Junto con el fundamento y naturaleza de estos derechos y su carácter irrenunciable e indisponible, la Sala Primera del Tribunal Supremo, de manera ya reiterada<sup>680</sup>, confirma cuanto se ha argumentado, al declarar que el carácter irrenunciable del derecho a la remuneración equitativa no se funda en la imposibilidad abstracta de establecer pactos sobre ella; sino en la necesidad de garantizar su efectividad. Por ello nos recuerda que el legislador ha estimado que esta remuneración sólo puede verse garantizada mediante una gestión de carácter colectivo.

Advierte la Sala Primera del Tribunal Supremo que este modo de gestión colectiva es incompatible con una negociación individual por parte de los artistas, constatando que esa negociación individual haría imposible el cálculo de la remuneración, razón por la cual se atribuye una legitimación colectiva, sobre la que ha insistido la jurisprudencia de esa Sala, a las sociedades de gestión. Advierte que esa pretendida transmisibilidad es incompatible con la posibilidad de que, aquellos artistas que se hallen en una situación de inferioridad frente a la productora en el momento de la contratación, puedan renunciar a los expresados derechos de remuneración, y con la falta de previsibilidad de estos derechos –ya que se desenvuelven en gran medida en relación con acontecimientos inciertos en el futuro y dependientes del éxito en la explotación de la obra-, de los que se privaría a estos titulares de derechos afines, en algunos casos de manera sustancial; en franca contradicción con el propósito del legislador y con los principios que informan la economía del arte.

Es más, habida cuenta que dicha gestión colectiva comprende su efectividad mediante la determinación de la remuneración equitativa por una entidad de gestión (*ex art. 108.6 y 157.1.b) TRLPI*), que se articula mediante la fijación de una tarifa general, se haría de todo punto imposible fijar de antemano la parte alícuota que corresponde a cada titular, pues no en vano dicha cuota sólo cabe establecerla en una fase posterior, que es la del reparto o distribución de la remuneración colectivamente recaudada, conforme a los parámetros del art. 154 TRLPI.

Una correcta interpretación coherente con la propia naturaleza del derecho, unido a su forma de ejercicio (colectiva obligatoria), determinan necesariamente su carácter de irrenunciable e indisponible a título individual mediante actos *inter vivos*; tal y como tiene declarado reiterada jurisprudencia<sup>681</sup>. A la contundencia de tales resoluciones, cabe añadir, como apunta alguna de

---

<sup>680</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2009, seguida por la Sentencia de 7 de abril de 2009.

<sup>681</sup> En las Sentencias de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo núm. 55/2009, de 18 febrero, núm. 228/2009, de 7 de abril, núm. 541/2010, de 13 diciembre, núm. 543/2010, de 15 septiembre. De este se confirman anteriores pronunciamientos de las Audiencias Provinciales (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª Bis, de 20 de junio de 2006, resolviendo el recurso de apelación 107/2005, procedente del juicio de mayor cuantía 321/2000 del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Madrid, seguido contra CANAL SATÉLITE DIGITAL S.A.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, de 13 de abril de 2004, resolviendo el recurso de apelación 31/2002, procedente del juicio de mayor cuantía 709/1998 del Juzgado

ellas, que de no ser así, el derecho carecería de contenido real o sería literalmente imposible su ejercicio, con el absurdo añadido de que el precio del repertorio de un titular individual difícilmente se ajustaría a la parte alícuota que le pudiera corresponder de la remuneración total que perciba, colectivamente, la categoría de titulares administrados por una determinada entidad de gestión.

En definitiva, una interpretación hermenéutica de las normas que disciplinan la doble configuración del derecho de comunicación pública, y su especial sistema de ejercicio, confirman la notas de irrenunciabilidad e intransmisibilidad *inter vivos* predicadas de los derechos de remuneración, pues atenta contra su propia razón de ser y fundamento. Y ello, dado que, configurados los derechos del art. 108 como derechos de remuneración, en los que su titular se ve privado del *ius prohibendi* o de la facultad de autorizar un determinado acto de explotación una vez transferido el derecho exclusivo al productor (que opera casi como una licencia legal), no es admisible que además los artistas se vieran privados de una remuneración a la que viene obligado, no el productor, sino el usuario.

### **6.3.3.- El obligado al pago del derecho de remuneración.**

En efecto, los obligados al pago de la remuneración serán los usuarios de las obras o grabaciones audiovisuales que contengan interpretaciones artísticas, esto es, quienes realicen los actos de comunicación al público (empresa de radiodifusión, etc.) y no los productores o adquirentes de la facultad de autorizar dichas formas de explotación. Cuestión distinta es que, en determinados casos (*v.gr.*, empresa de radiodifusión), pueda concurrir la doble condición de productor audiovisual y usuario; cuestión que no impide que, como tal usuario, resulte obligado al pago de la remuneración<sup>682</sup>.

---

de Primera Instancia nº 33 de Madrid, seguido contra TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 21 de marzo de 2003, resolviendo el recurso de apelación 583/2001, procedente del juicio de mayor cuantía 623/1998 del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid, seguido contra GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª, de 28 de octubre de 2003, resolviendo el recurso de apelación 350/2002, procedente del juicio de mayor cuantía 752/1999 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Madrid, seguido contra SOGECABLE, S.A.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 11 de septiembre de 2002, resolviendo el recurso de apelación 9/2001, procedente del juicio de mayor cuantía 280/1998 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcobendas, seguido contra ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, de 21 de julio de 2005, resolviendo el recurso de apelación 497/2004, procedente del juicio de mayor cuantía 195/2000 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Majadahonda, seguido contra DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª Bis, de 28 de febrero de 2006, resolviendo el recurso de apelación 36/2005, procedente del juicio de menor cuantía 255/1999 del Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Madrid, seguido contra RENFE Y COMERCIAL DEL FERROCARRIL, S.A.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª Bis, de fecha 12 de noviembre de 2003, resolviendo el recurso de apelación 133/2003, contra la Sentencia dictada en el procedimiento seguido a instancias de AISGE y AIE contra AUTO RES, S.A.; Sentencia de fecha 3 de marzo de 2004, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, Recurso de Apelación 605/2002, en un procedimiento seguido contra EMVI, S.A.; Sentencia de fecha 11 de junio de 2004, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, Recurso de Apelación 700/2003, en el procedimiento seguido contra “EXHIBIDORES UNIDOS, S.A.”).

<sup>682</sup> Así lo ha declarado el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en la Sentencia núm. 55/2009 de 18 febrero, respecto a los motivos esgrimidos por Gestevisión Telecinco S.L., que fundaba su argumentación para oponerse al pago del derecho de remuneración, reclamado por las entidades de artistas, en el hecho de que el productor de grabaciones audiovisuales no tendría

## 6.4.- Las diferentes formas de comunicación pública: singularidades en torno a las interpretaciones audiovisuales.

Descrito el esquema general que estructura el derecho de comunicación pública, y las especialidades inherentes al ejercicio del mismo en su doble configuración, esto es, como derecho exclusivo y como derecho de remuneración, el enfoque metodológico y la finalidad de este estudio se encuadra en el conciso ámbito de las interpretaciones audiovisuales. Por ello se ha de incidir en las singularidades que respecto a éstas se derivan o infieren -cuando las haya- de las diferentes formas (más bien modalidades) de comunicación pública, dentro del amplio catálogo que con carácter enunciativo nos ofrece el art. 20 TRLPI.

Con carácter general, el mentado art. 20, conceptúa la comunicación pública como todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas<sup>683</sup>. Excluyendo, de tal concepto, aquellos actos que se celebren dentro de un ámbito estrictamente doméstico, y que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

Tal definición, con carácter general, comprende una pluralidad de procedimientos que permiten hacer llegar al público el contenido intelectual de la interpretación artística fijada en una obra o grabación audiovisual -sin ningún apoyo material o distribución de soportes (v.gr., DVD)-, con la sola atención personal del espectador orientada a la secuencia de imágenes animada, con o sin

---

“el carácter de usuario que exige en el art. 108.3 LPI (hoy, art. 108.5 LPI ) al configurar el sujeto obligado al pago de la remuneración equitativa, de donde se infiere que no estaría legitimado pasivamente para soportar la obligación de abonar una remuneración equitativa. Esta conclusión se funda, primordialmente, en que los productores de grabaciones audiovisuales, según el art. 122.1 LPI, tienen el derecho de autorizar la comunicación pública de éstas; y, en segundo término, en que los productores participan en la remuneración equitativa al menos en los casos previstos en el art. 108.3 I LPI (en la redacción anterior a la modificación llevada a cabo por la Ley 23/2006 ), es decir, en los casos de retransmisión por determinados medios o en un lugar accesible al público de obras de radiodifusión ya difundidas. Según la parte recurrente- la citada entidad de radiodifusión- la condición de sujeto activo del derecho a autorizar la comunicación pública y a percibir la remuneración equitativa impediría atribuir a las productoras el carácter de usuario que debe concurrir en el sujeto pasivo obligado al pago de la remuneración”. El Alto Tribunal rechaza esta argumentación, con base en los siguientes fundamentos: “El art. 122.1 LPI debe interpretarse en el sentido de que el derecho de autorizar la comunicación pública cuya titularidad corresponde a los artistas intérpretes o ejecutantes únicamente se traslada a los productores en el caso de que haya existido autorización por parte de aquéllos, bien expresamente, bien mediante las presunciones establecidas en la LPI. Parece evidente que el productor de la obra audiovisual puede obtener un derecho a la remuneración equitativa cuando lo reconoce la LPI, y que este derecho no es incompatible con el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a percibir una remuneración equitativa de la propia productora, pues ésta puede actuar con un doble carácter: como productora de la obra y como usuaria de la comunicación pública de la misma en el caso de que la comunicación pública se realice por la propia productora y no mediante la autorización a un tercero”.

<sup>683</sup> MARCO MOLINA nos ilustra sobre la procedencia de este artículo, en relación con su versión precedente de la LPI de 1987, coincidente por otro lado, en su concepto general con la redacción vigente. Así nos dice que la idea de reunir distintas posibilidades de utilización incorporada de la obra bajo la denominación unitaria de “comunicación pública”, definiendo tal noción y asignando, además, a continuación preceptos específicos a cada una de las distintas modalidades o “actos” de “comunicación pública”, tiene que proceder asimismo en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 del modelo alemán. Ni el Convenio de Berna ni la Convención Universal de Ginebra contienen definición de noción equivalente. MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual*, óp.cit., págs. 267-268.

sonidos, que integra la obra o grabación audiovisual, lo que permite su percepción directa, con cierta simultaneidad entre el acto de comunicación y su percepción por los espectadores<sup>684</sup>. Esos caracteres iniciales se desdibujan con el paso del tiempo y el desarrollo de las nuevas tecnologías.

De las distintas formas de comunicación pública, algunas de ellas adquieren singularidad por el tipo de obras comunicada al público; en cambio otras son aptas para cualquier tipo de obra. De todas las posibles formas de comunicación pública podemos delimitar aquellas que guardan una relación directa con las interpretaciones audiovisuales.

*a) Las representaciones escénicas, recitaciones disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.*

Su interés es relativo a los fines específicos de este estudio, ya que, como consta en el Capítulo II de este trabajo, hemos optado por acoger una definición de interpretación audiovisual singular en atención a su destino específico, por ser ésta realizada con la finalidad de integrarse en una obra o grabación audiovisual destinada a la comunicación al público. La interpretación en una representación escénica está destinada a un público presente, de modo que su vocación natural no es su fijación (o reproducción en los términos previstos en el art. 17 TRLPI), ni cualquier otra forma de comunicación distinta de la expresamente prevista en la letra a) del apartado 2, del art. 20. En las representaciones escénicas, obviamente, intervienen actores, pero hasta que no se produce la fijación de la obra representada en vivo ésta no es susceptible de ser comunicada públicamente, ni de cualquier otro acto de reproducción o distribución. Este tipo de interpretación en el marco de una representación escénica en vivo o no fijada es aquél sobre el que se reconoce el derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público sin ningún género de duda.

No obstante, las interpretaciones de los actores de teatro fijadas tienen la misma consideración y generan el mismo derecho de remuneración que aquellas realizadas directamente para su incorporación en una obra audiovisual (como pueda ser una película o serie de televisión).

---

<sup>684</sup> El Tratado sobre Interpretaciones Audiovisuales, contiene sendas definiciones de “radiodifusión” y “comunicación al público”. Se entiende por radiodifusión la transmisión inalámbrica de sonidos o imágenes o de imágenes y sonidos o de las representaciones de éstos, para su recepción por el público; la transmisión por satélite también será considerada “radiodifusión”; la transmisión de señales codificadas será “radiodifusión” cuando los medios de decodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento. Y la “comunicación al público” de una interpretación o ejecución, será la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de una interpretación o ejecución no fijada, o de una interpretación o ejecución fijada en una fijación audiovisual.

*b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.*

Esta es una de la formas de comunicación pública de carácter primario y principal para los artistas, habida cuenta que su objeto específico es la comunicación al público de una obra cinematográfica en las distintas subcategorías que enumeramos al tratar el concepto de obra cinematográfica.

Respecto a su forma de ejercicio, no concurre ninguna singularidad que se aparte del esquema general anteriormente descrito. El usuario obligado al pago del derecho de remuneración en este caso será el empresario titular de la explotación de la sala de exhibición cinematográfica o salas de proyección *ad hoc*.

Si tal exhibición se realiza en un lugar distinto a las salas de exhibición cinematográfica, se aplicará el Real Decreto 448/1988, de 22 de abril, por el que se regula la difusión de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales recogidas en soporte videográfico.

Las disposiciones de la anterior norma reglamentaria se aplican de manera específica a la difusión de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales, contenidas en soporte videográfico, cuando se transmiten a una pluralidad de personas, mediante un aparato reproductor conectado con uno o varios aparatos receptores de uso privado o público. Quedan excluidas expresamente de su ámbito de aplicación las salas de exhibición cinematográfica que realicen la difusión de dichas películas y obras contenidas en soporte videográfico.

En atención a lo dispuesto en el art. 2 del citado Real Decreto, ostentarán la condición de usuarios obligados al pago del derecho de remuneración, aquéllos enumerados expresamente, que difunden películas cinematográficas u obras audiovisuales contenidas en soporte videográfico, como son los siguientes:

- a) Las empresas de servicios que, independientemente del servicio principal que prestan a sus usuarios, difunden o contratan la difusión de películas u obras, tales como empresas turísticas y titulares de centros y vehículos de transporte terrestre, aéreo y marítimo.
- b) Las personas físicas o jurídicas que difunden películas u obras a los domicilios particulares, mediante su transmisión desde un aparato reproductor conectado con aparatos receptores de uso privado.

c) Las comunidades de propietarios que difunden películas u obras a los domicilios particulares mediante su transmisión desde un aparato reproductor conectado con aparatos receptores de uso privado.

Conforme al concepto general de comunicación al pública en su delimitación negativa, no se aplica este Real Decreto a aquellos casos en los que la difusión se realice dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

Obviamente, para llevar a cabo la difusión de las películas cinematográficas y otras obras audiovisuales en las modalidades previstas será necesario contar con la previa autorización de los titulares (en este caso el artista tan sólo será considerado titular si se hubiera reservado este derecho al suscribir el contrato de interpretación, en contra de la presunción de cesión del art. 110 TRLPI) o cesionarios de los correspondientes derechos de comunicación pública de dichas obras (con relación a las interpretaciones, el cesionario de los derechos del artista será el productor de la obra cinematográfica, bien por vía presuntiva, bien por cesión contractual).

Sí contiene este Real Decreto disposiciones específicas en cuanto al sistema de gestión, como la facultad que se atribuye a los titulares de derechos, por sí mismos o a través de las entidades de gestión, de exigir en los contratos de remisión periódica la documentación justificativa de la difusión, con indicación de la programación efectuada, del número de usuarios o receptores, y, en su caso, de las cantidades percibidas.

*c) La comunicación pública televisiva directa:*

Consideramos agrupadas bajo el anterior enunciado: la emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes (art. 20.2.c) TRLPI); la radiodifusión o comunicación al público vía satélite (art. 20.2.d) TRLPI); y la transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono (art. 20.2.d) TRLPI).

El art. 20 contiene y desarrolla prevenciones específicas inherentes a las condiciones técnicas en las que se han de desarrollar las referidas modalidades de comunicación pública, cuyo análisis escapa de los fines prefijados para este estudio.

En este caso la comunicación pública es especialmente apta para todas aquellas obras calificadas como televisivas. Y en cuanto a la forma de ejercicio, hay que reiterar cuanto se expuso en relación con el derecho exclusivo de autorizar las interpretaciones realizadas para su radiodifusión en directo; habida cuenta que tal derecho exclusivo habrá sido ejercitado en el momento en que fue suscrito el contrato de interpretación para tal radiodifusión.

La entidad de radiodifusión ha de ser considerada como usuario obligado al pago del derecho de remuneración por la comunicación. A ello no obsta, que la entidad de radiodifusión sea, a su vez, productor de la obra o grabación audiovisual.

En cualquier caso, hay que mencionar que, conforme a lo dispuesto en el límite amparado por el art. 36 TRLPI -aplicable con carácter subsidiario a los artistas por virtud de lo dispuesto en el art. 132-, la autorización del artista (o del cesionario de su derecho exclusivo, es decir, el productor audiovisual con el que haya suscrito el contrato de interpretación), para emitir la interpretación integrada en la obra o grabación audiovisual, comprenderá la transmisión por cable de la emisión que contenga aquella, cuando esta se realice simultánea e íntegramente por la entidad de origen y sin exceder la zona geográfica prevista en la autorización concedida por la emisión.

RODRÍGUEZ TAPIA<sup>685</sup> considera que se establece una autorización presunta de los titulares a la transmisión simultánea por cable cuando se ha autorizado la emisión.

A su vez, *ex art. 36.2 TRLPI*, la autorización de la emisión de la interpretación artística integrada en la obra o grabación audiovisual comprende su incorporación a un programa dirigido hacia un satélite que permita la recepción de esta obra a través de entidad distinta de la de origen, cuando el artista o su derechohabiente haya autorizado a esta última entidad (distinta de la de origen) para comunicar la obra al público, la emisora de origen quedará exenta del pago de toda remuneración.

Así, RODRÍGUEZ TAPIA<sup>686</sup>, nos dice que esta excepción implica la autorización presunta a una entidad para inyectar la emisión de una obra en la señal dirigida a un satélite con el fin de que la reciba una entidad distinta, que ha sido autorizada por el titular de los derechos para emitirla. No es necesario, para el citado autor, que la entidad de origen de la señal vía satélite tenga la autorización expresa del titular de los derechos; basta con la de la entidad de destino de la señal que la emite.

---

<sup>685</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1997, *óp. cit.*, pág. 186.

<sup>686</sup> *Ibid.*, pág. 186.

Por último, en su apartado 3, el art. 36 previene que la cesión del derecho de comunicación pública de una obra (interpretación integrada en la obra o grabación audiovisual), cuando esta se realiza a través de la radiodifusión, facultará a la entidad radiodifusora para registrar la misma por sus propios medios y para sus propias emisiones inalámbricas, al objeto de realizar, por una sola vez, la comunicación pública autorizada. Para nuevas difusiones de la obra así registrada será necesaria la cesión del derecho de reproducción y de comunicación pública.

Con ello se exceptúa el derecho de reproducción del artista (siempre que el mismo se haya reservado tal derecho, en contra de la presunción de cesión del art. 110 TRLPI) o de su cesionario, cuando se autorice la comunicación pública a una entidad de radiodifusión. El titular no podrá impedir que la entidad grabe la obra por sus propios medios para realizar por una sola vez la emisión.

*d) Los actos de comunicación al público de manera indirecta*

Congregamos a través de este título la retransmisión por cable (art. 20.2.f) y la emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida (art. 20.g) TRLPI).

*d.1. La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida.*

Se entiende por retransmisión por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o transmisiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público.

El esquema habitual del ejercicio del derecho de comunicación pública queda exceptuado por la remisión expresa que el art. 108 contiene, en concreto, al art. 20.4 b)<sup>687</sup> TRLPI, con relación a la retransmisión por cable en el ámbito de la Unión Europea. Así, el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor de autorizar la retransmisión por cable se ejercerá, exclusivamente, a través de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual. Por tanto, sólo en este supuesto la norma determina, de manera expresa, una forma de gestión colectiva de un derecho

---

<sup>687</sup> Este precepto no hace sino transcribir el contenido del art. 9.1 (“Ejercicio del derecho de distribución por cable”) de la Directiva 93/83/CEE, del que trae causa. Dicho art. 9.1 fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través del art. 6.1 de la Ley 28/1995, de 11 de octubre, por lo que se incorpora al Derecho español la Directiva 93/83/CEE.



exclusivo de autorizar, y lo hace bajo el mismo fundamento que inspira la gestión colectiva de los derechos de remuneración, esto es, habida cuenta de la imposibilidad material de otorgar dicha autorización previa a la multitud de operadores de cable que captan la señal o programa radiodifundido o televisado de una empresa de radiodifusión o de televisión y que, de manera simultánea e inalterada, la distribuyen por cable (retransmisión en los términos del art. 20.2.f TRLPI).

Conforme a lo previsto en el art. 20.4.c), habrá que entender por “entidad correspondiente” aquella que gestione derechos de la misma categoría o colectivo de titulares, habida cuenta que literalmente este precepto prevé *En el caso de titulares que no hubieran encomendado la gestión de sus derechos a una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, los mismos se harán efectivos a través de la entidad que gestione derechos de la misma categoría. Cuando existiere más de una entidad de gestión de los derechos de la referida categoría sus titulares podrán encomendar la gestión de los mismos a cualquiera de las entidades.*

La efectividad de este derecho por parte de los establecimientos hoteleros no ha estado exenta de polémica y vaivenes jurisprudenciales, solventados a raíz del cambio jurisprudencial adoptado por el Tribunal Supremo, con base en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 7 de diciembre de 2006, por la que se resuelve la cuestión prejudicial C-306/05 (SGAE/RAFAEL HOTELES). A partir del referido cambio jurisprudencial no existen dudas sobre la existencia de comunicación al público en las habitaciones de los establecimientos hoteleros. El precitado cambio se adopta por el Pleno del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de abril de 2007<sup>688</sup>, realizando una armonización y unificación de la interpretación jurisprudencial del art. 20.1 TRLPI conforme al Derecho Comunitario y al criterio interpretativo del TJUE.

El aludido cambio jurisprudencial anula, por tanto, los efectos del anterior criterio sustentado por nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia, de 10 de mayo de 2003, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil, conforme a la cual se consideraba que no existía comunicación al público en las habitaciones de los hoteles, al equiparar estas con los domicilios privados.

---

<sup>688</sup> En igual sentido la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 y la de 10 de julio de 2008 y las Sentencias de Sala Primera de fechas 22 de enero de 2009, 14 de noviembre de 2008 y 21 de noviembre de 2008.

En atención a los fundamentos de las anteriores sentencias, se infieren conclusiones relevantes en orden a la interpretación de esta concreta modalidad de comunicación pública y, por extensión, para cualesquiera otra forma de comunicación al público.

El Tribunal Supremo considera que hay retransmisión porque el hotel recepciona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite-retransmite (radiodifusión secundaria) a los televisores instalados en las habitaciones. Esta comunicación es a un público nuevo, integrado por una pluralidad de personas indeterminada e indeterminable -que constituyen la clientela-, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal), y que tienen la accesibilidad -potencialidad- de recepcionar la señal difundida. La retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico alámbrico o inalámbrico, y, además, las habitaciones de los hoteles no tienen carácter “estrictamente doméstico” a los efectos del art. 20.1 TRLPI.

De cara al ejercicio colectivo de estos derechos, según consta descrito, a través de la modificación del párrafo primero del apartado 5, del art. 108 se determina, con gran acierto y coherencia, que el derecho de remuneración que corresponde por un lado a los artistas y, por otro, a los productores de grabaciones audiovisuales, se hará efectivo de acuerdo con las tarifas fijadas por la correspondiente entidad.

*d.1.- La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida.*

Se trata de la comunicación que tiene lugar en establecimientos tales como bares, restaurantes, gimnasios, zonas comunes de los hoteles, etc., a través de equipos o aparatos de televisión (cualquier instrumento idóneo) instalados en los mismos, desde los cuales se difunden las obras o grabaciones audiovisuales en las que se integran las interpretaciones artísticas previamente emitidas por una entidad de radiodifusión. Por tanto, serán los responsables de tales establecimientos los que, en su condición de usuarios, deban hacer efectivo el pago del derecho de remuneración que corresponde a los artistas conforme a las tarifas fijadas por la correspondiente entidad de gestión.

*e) El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos y la realización de cualquiera de los actos anteriores, respecto a una base de datos .*

Igualmente, al amparo de lo previsto en el art. 105, párrafo segundo, TRLPI se devengaría un derecho de remuneración a favor de los intérpretes audiovisuales por las interpretaciones integradas o fijadas en la obra o grabación audiovisual incorporadas a la base de datos. El derecho exclusivo de autorizar la reproducción de la base de datos, así como para autorizar la comunicación al público de las mismas, lo ostentaría el productor por vía presuntiva o por haberlo adquirido contractualmente.

### **6.5.- El derecho de puesta a disposición del público: especialidades de este derecho.**

A pesar de su tipificación como un acto de comunicación pública, nuestro legislador, en consonancia con el art. 3.2 de la Directiva de la Sociedad de la Información, en la reforma TRLPI llevada a cabo por la Ley 23/2006, introdujo determinadas especialidades respecto de la puesta a disposición interactiva o transmisión *online*.

A esta concreta modalidad de comunicación al público se refiere el art. 108 TRLPI, en sus apartados 1.b), 2 y 3. Y como tal modalidad de comunicación al público, se incluye en el catálogo ejemplificativo que incorpora el apartado segundo del art. 20, mediante la adición de un nuevo apartado i) del art. 20.2 TRLPI.

Su peculiaridad reside en que la accesibilidad a las obras o actuaciones artísticas es posible *desde el lugar y en el momento que elija* el público, habida cuenta de que tales obras o contenidos protegidos formarán parte de una base de datos interactiva a la que podrán acceder directamente los usuarios. Viene a constituir, pues, el modelo de negocio más habitual que se explota en Internet para la utilización de obras o creaciones intelectuales (fonogramas, películas, series televisivas, etc.).

Nos advierte GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ <sup>689</sup> que es importante distinguir entre transmisiones interactivas “a la carta” y las actividades de radiodifusión tradicional. Así, el hecho de que una actividad de radiodifusión se efectúe en forma digital no afecta a la naturaleza jurídica de la operación. Tampoco es definitivo para la calificación jurídica como acto de comunicación pública el hecho de que la actividad de radiodifusión tenga lugar por ondas,

---

<sup>689</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El derecho de autor en internet*, *óp.cit.*, págs. 172 y 173.

satélite, cable o cualquier otro procedimiento, incluida una red digital como Internet [...]. Lo importante, a efectos de la posible diferenciación entre la radiodifusión y la puesta a disposición del público en línea es el efecto conjunto de las tres características fundamentales para las transmisiones interactivas que Internet hace posible. La primera, y más importante, es que la obra se comunica a solicitud del cliente, que puede acceder a la obra en el momento y en el lugar que elija. En segundo lugar, que la comunicación se efectúe “punto a punto”, por oposición a la tradicional comunicación “punto a multipunto”. Por último, el hecho de que la comunicación de la obra lleva necesariamente aparejada su reproducción, debido al problema de las copias RAM<sup>690</sup>.

Siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ<sup>691</sup> la interactividad implícita en este concepto es la llamada pasiva o de primer grado: hay comunicación pública con la mera puesta a disposición y accesibilidad de las obras protegidas. Luego es el usuario el que decide cuándo y desde dónde accede a través de los canales de inter-comunicación. La interactividad de segundo grado o activa es la que se produce cuando tiene lugar el acceso efectivo a los contenidos de la información “descargando” los mismos. El acto de comunicación al público se produce por el mero hecho de ofrecer a los eventuales usuarios la posibilidad de acceder *online* a las obras o prestaciones.

Desde la órbita de la protección que dispensa el TRLPI a los artistas, se ha de evidenciar que, de haberse incorporado literalmente el art. 3.2 de la Directiva tan sólo como un derecho exclusivo, al disponer el art. 110 TRLPI la presunción legal (con la que no cuentan otras legislaciones de nuestro entorno, ni otros titulares distintos de los artistas en el propio TRLPI) de cesión del derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público<sup>692</sup>, por la celebración del contrato de interpretación, tendría lugar el efecto contrario al pretendido por la Directiva y se vaciaría de contenido el mentado derecho de puesta a disposición a favor de los artistas, al entenderse cedido al productor sin recibir el artista compensación alguna a cambio.

Así pues, en aras de la coherencia del derecho exclusivo del artista incardinado en el art. 3.2 de la Directiva, y la presunción de cesión del derecho exclusivo de comunicación al público del art.

---

<sup>690</sup> La ley 23/2006 incorporó en el apartado 1 del art. 31 el siguiente límite: No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el art. 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la ley.

<sup>691</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp.cit.*, pág. 360-361.

<sup>692</sup> Toda vez, que el derecho de puesta a disposición interactiva no es un nuevo derecho, como ha apuntado desafortunadamente algún sector crítico con la reforma, sino una forma más de explotación integrada en el derecho de comunicación al público.

110 TRLPI, el legislador español consideró necesario modificar el art. 108 para incorporar la regulación sustantiva de la puesta a disposición interactiva. En concreto, el apartado 1.b) atribuye al artista, en todo caso, un derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus actuaciones por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija.

Este derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición, conforme a lo previsto en el apartado 2 del art. 108 y al art. 110, se presume cedido cuando el artista celebre individualmente con el productor el contrato de interpretación o producción. No obstante, para salvaguardar el contenido económico del derecho de los efectos de la presunción anterior, según lo dispuesto en el apartado 3, se atribuye al artista un derecho irrenunciable a percibir una remuneración equitativa del usuario que realice tal puesta a disposición del público, precisamente, aun cuando haya transferido o cedido al productor el derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición (art. 108.3). Este derecho de remuneración se hará efectivo a través de las respectivas entidades de gestión (art. 108.6).

Atendiendo a tal configuración, el referido derecho atribuido al artista, toda vez que no es más que una modalidad de comunicación al público, recibe el mismo tratamiento que cualesquiera otras reguladas en el art. 108, en relación con el 20 del mismo TRLPI.

Algún sector minoritario ha cuestionado la legalidad de este derecho de remuneración a favor de los artistas, alegando que es un derecho nuevo no previsto en la Directiva. Otros sectores y el Consejo de Estado en su Dictamen de 10 de marzo de 2005 (ref. 187/2005), al abordar el asunto, sin embargo, han concluido en sentido contrario y esta es la tesis que aquí se mantiene<sup>693</sup>.

## **7.- LA REMUNERACIÓN COMPENSATORIA POR COPIA PRIVADA.**

### **7.1.- Antecedentes y situación de la copia privada en España en relación con el Derecho y Jurisprudencia comunitarios.**

---

<sup>693</sup> El dictamen del Consejo de Estado, de 10 de marzo de 2005 (ref. 187/2005), en efecto, concluye que: “En definitiva el anteproyecto de Ley incorpora satisfactoriamente las previsiones contenidas en el art. 3.2 de la directiva 2001/29/CE, al reconocer el derecho de puesta a disposición del público a todos los sujetos que aparecen mencionados en la normativa comunitaria, ...” “Mayores problemas plantea la remuneración debida a los artistas intérpretes o ejecutantes, cuando éstos hayan cedido su derecho de puesta a disposición [...] Con todo, esta previsión resulta comprensible dentro del modelo retributivo que la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 estableció en su día para los actos de comunicación pública de los fonogramas y grabaciones audiovisuales”.

### 7.1.1.- Antecedentes.

La Ley de Propiedad Intelectual española (Ley 22/1987, de 11 de noviembre-LPI) reconocía al autor el ejercicio exclusivo del derecho de reproducción, *que no podrá ser realizada sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley* (art. 17). Del mismo modo se reconocía al artista intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones (art. 102.1) y, en el caso de los productores, la reproducción de sus fonogramas o grabaciones audiovisuales (arts. 109.1 y 113, respectivamente).

Ahora bien, a través del art. 31.2 de la Ley de 1987 se introdujo un límite al anterior derecho de reproducción en los siguientes términos: *las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor (...) para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa*.

En coherencia con el nuevo límite y, como contrapartida al mismo, el art. 25<sup>694</sup> de la Ley de 1987 atribuyó a los titulares del derecho exclusivo de reproducción (autores, editores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y productores de grabaciones audiovisuales) el derecho a percibir una remuneración compensatoria por los perjuicios derivados de los actos de reproducción amparados por el límite. Esta opción legislativa ya había sido adoptada por algunos países de nuestro entorno<sup>695</sup>, y sería implantada con posterioridad por otros muchos, como respuesta al aumento de las copias realizadas para uso privado y la imposibilidad material de controlarlas [autorizarlas o prohibirlas] por parte de los respectivos titulares del derecho exclusivo de reproducción.

Conforme al sistema previsto en el citado art. 25 de la Ley española de Propiedad Intelectual de 1987, y sus sucesivas modificaciones<sup>696</sup>, los obligados al pago de la compensación eran los

---

<sup>694</sup> “Los autores de obras publicadas en forma de libro, fonograma o en cualquier otro soporte sonoro o visual, juntamente con los editores o productores de dichas obras y con los artistas intérpretes o ejecutantes, cuyas actuaciones se hallen fijadas en las mismas, tendrán derecho a participar en una remuneración compensatoria por las reproducciones de tales obras, efectuadas exclusivamente para uso personal por medio de aparatos técnicos no tipográficos”.

<sup>695</sup> La LPI de 1987 adoptó el sistema establecido por la Ley de Derecho de Autor de la República Federal de Alemania de 9 de septiembre de 1985, modificada por la Ley de 24 de junio de 1985, que sería el implantado en la mayoría de los países europeos, salvo contadas excepciones como Noruega o Finlandia. Así, a partir de una resolución judicial del *Bundesgerichtshof* alemán de 1964, el sistema de compensación por la copia privada fue adoptado por Alemania (1965), Austria (1980), Finlandia (1984), Francia (1985), España (1987), Países Bajos (1990), Dinamarca (1992), Italia (1992), República Checa (1993), Bélgica (1994), Grecia (1994), Portugal (1998), Suecia (1999) y Lituania (1999)<sup>695</sup> -HUGENHOLTZ, P. Bernt, GUIBAULT, Lucie y VAN GEFFEN, Sjoerd, *The Future of Levies in a Digital Environment – Final Report*, Institute for Information Law (IVIR), Ámsterdam, 2003, pág. 12.

<sup>696</sup> Ley de 7 de julio de 1992 modificó el art. 25.1 de la LPI, dando al mismo la siguiente redacción: “la reproducción, exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2.º del art. 31 de esta Ley, y por medio de aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras publicadas en forma de libros o publicaciones que, a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o en cualquier otro soporte sonoro, visual o audiovisual, originará una remuneración dirigida a compensar, anualmente, los derechos de propiedad intelectual dejados de percibir por razón de la

fabricantes en España, en tanto actuaran como distribuidores comerciales; así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de este, de equipos, aparatos y soportes de reproducción. El importe de la compensación consistía en un canon fijo por cada equipo, aparato y soporte de reproducción, que los deudores debían abonar a las entidades de gestión colectiva. No obstante, tales deudores repercutían el canon a los consumidores finales de tales equipos, aparatos y soportes idóneos para realizar los actos de reproducción amparados por el límite.

Este sistema permaneció vigente, con alguna variación, fundamentalmente relacionada con el sistema aplicable para la determinación de la cuantía del canon, que no afectaría de manera relevante al contenido sustantivo del derecho o del límite.

Durante la vigencia de dicho sistema, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, cuyo el art. 5.2 (b) permite a los Estados miembros establecer una excepción o limitación al derecho de reproducción contemplado en su art. 2, *en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el art. 6.*

El Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2011, mediante la adopción del Real Decreto-Ley 20/2011, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la

---

expresada reproducción. Esta remuneración se determinará en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar dicha reproducción fabricados en territorio español o adquiridos fuera del mismo para su distribución comercial o utilización dentro de dicho territorio en el periodo anual correspondiente. Este derecho se hará efectivo a través de las Entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual”.

La Ley 43/1994, de 30 de diciembre, para la incorporación del Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, incorporó la referencia a la "compensación equitativa y única, reproducido por el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, al disponer que “la reproducción realizada exclusivamente para uso privado, conforme a lo autorizado en el apartado 2 del art. 31 de esta Ley, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales, originará una remuneración equitativa y única por cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas, en favor de las personas que se expresan en el párrafo b) del apartado 4 del presente art., dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejen de percibir por razón de la expresada reproducción. Este derecho será irrenunciable para los autores y los artistas, intérpretes o ejecutantes”.

A través de la modificación del art. 25 por la Ley 23/2006, de 7 de julio, el legislador regula de forma expresa la compensación equitativa y única para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales; modifica el límite para añadir otro requisito al límite como es que se haya “accedido legalmente a la obra”, exigiendo que la compensación debe tomar en consideración si se aplican o no medidas tecnológicas de protección. Esta Ley fue desarrollada por la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio que fue anulada por la sentencia de 15 de marzo de 2011, de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por defectos formales en el proceso de aprobación.

corrección del déficit público, en concreto, a través de su Disposición Adicional 10ª, bajo la rúbrica “*Modificación del régimen de compensación equitativa por copia privada*”<sup>697</sup>, suprimió la compensación equitativa por copia privada, que a partir de la entrada en vigor de dicha norma quedó sustituida por una compensación, o “sistema de financiación”, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Posteriormente, el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre (B.O.E. núm. 295, de 8 de diciembre de 2012), reguló el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

El mencionado Real Decreto 1657/2012 regula cuestiones como quiénes son los titulares beneficiarios de este derecho, el procedimiento para determinar la cuantía de la compensación y la distribución en cada modalidad de reproducción, la asignación de la compensación a las entidades de gestión y la liquidación y el reparto de la compensación a los titulares beneficiarios. A su vez, y lo más importante, a pesar de que este Real Decreto expresa que la cuantía de la compensación se determinará tomando como base el perjuicio efectivamente causado, y a tales efectos enumera una serie de criterios objetivos, como principio rector y principal, dispone que la cantidad adecuada para compensar el perjuicio causado se determinará dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio. De este modo, su compatibilidad con la compensación del perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos de propiedad intelectual se revela harto dificultosa ya que la cuantificación del daño, como ya ha ocurrido en la práctica, se ve limitada por la dotación presupuestaria previamente aprobada, de ahí que se haya evidenciado, por los titulares, la doctrina y el Tribunal Supremo la posible colisión de este sistema con las normas y jurisprudencia comunitarias.

De este modo, el sistema de *canon* vigente en España hasta la entrada en vigor del citado Real Decreto-Ley 20/2011, que permitió consolidar un justo equilibrio entre los intereses de los titulares del derecho exclusivo de reproducción y los de los usuarios de obras y demás prestaciones protegidas (salvo los matices señalados por el TJUE en *Padawan* (C-467/08), después de esa norma ha sido sustancialmente modificado, hasta el punto que podría verse

---

<sup>697</sup> La Disposición adicional décima de este Real Decreto-Ley lleva por rúbrica “*Modificación del régimen de compensación equitativa por copia privada*”, y consta de tres apartados. Conforme al primer apartado, “*se suprime la compensación equitativa por copia privada, prevista en el art. 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, con los límites establecidos en el art. 31.2 de la misma Ley*”. El segundo apartado remite al Gobierno el establecimiento por vía reglamentaria del “*procedimiento de pago a los perceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado*”. Finalmente, el tercer apartado dispone que “*la cuantía de la compensación se determinará tomando como base la estimación del perjuicio causado*”.



afectada la verdadera naturaleza de la compensación por copia privada; cuestión sobre la que volveremos.

Conforme al nuevo sistema, fueron dictadas la Orden ECD/2128/2013, de 14 de noviembre, y la Orden ECD/2166/2014, de 14 de noviembre, por las que se determinan, respectivamente, las cuantías de la compensación equitativa por copia privada correspondientes a los ejercicios 2012 y 2013 (la cuantía para 2012 se fijó 8.636.728,09 euros y la cuantía para 2013 se cifra en 5.000.000 €). El hecho objetivo es que las cantidades fijadas por la Administración han reducido drásticamente las cantidades percibidas por los titulares en concepto de compensación por copia privada, por comparación con las que venían percibiendo en ejercicios inmediatamente precedentes<sup>698</sup>, sin que existan datos objetivos que avalen un cambio en los hábitos de consumo y realización de copias privadas por parte de los particulares.

Finalmente, la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, ha incorporado en la nueva redacción dada al art. 25 el sistema de financiación con cargo al erario que de manera sorpresiva implantó el precitado Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre<sup>699</sup>. Todo ello a pesar de las críticas y oposición unánime de los titulares de derechos, de los órganos consultivos del Estado, de la doctrina<sup>700</sup> y del propio Tribunal Supremo.

---

<sup>698</sup> Conforme a los datos publicados por el Ministerio de Cultura, Educación y Deporte, en sus Anuarios de Estadísticas Culturales 2011, 2012 y 2013, la recaudación total por copia privada en España ascendió a 95.291.000 € en 2009; 96.486.000 € en 2010; y 91.801.000 € en 2011 – de los que 16.666.000 € se recibieron en 2012. Con anterioridad la propia Administración, una vez analizada la repercusión que el límite de copia privada tiene en nuestro país mediante el uso que del mismo hacen los ciudadanos en sus modos de consumo de las creaciones protegidas y la influencia que sobre estos modos ha tenido la aparición y desarrollo de las nuevas tecnologías, estimó que el perjuicio anual correspondiente a la modalidad de reproducción de obras divulgadas en forma de libros o y publicaciones asimiladas reglamentariamente a libros está comprendido entre 34.800.000 € y 37.200.000 €, y el correspondiente a la modalidad de reproducción de fonogramas u otros soportes sonoros y de reproducción visual o audiovisual es de está comprendido entre 75.400.000 € y 80.600.000 €. *Vid.* Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción.

<sup>699</sup> La situación no estuvo clara durante algún tiempo, de modo que no había sido interpretado, no sin fundamento, que el art. 25 había sido derogado en su integridad por la disposición Adicional 10ª del Real Decreto Ley 20/2011, si bien el legislador tuvo que clarificar dicha cuestión sobre la base de una pretendida derogación material de alcance parcial, de todas aquellas disposiciones incardinadas en el art. 25 que resultaran contrarias al nuevo sistema de financiación. A tales efectos el preámbulo del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, incorpora la siguiente aclaración: “La disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, sin derogar ese límite a los derechos de propiedad intelectual, sí ha suprimido el sistema de compensación que se preveía en el art. 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Este artículo, si bien no ha sido objeto de una derogación formal, si lo ha sido materialmente, de modo que no son aplicables aquellas partes del mismo que se oponen a lo establecido en la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, norma que ha modificado el mecanismo de financiación de la compensación, que deja de depender de la recaudación que las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual obtienen de los intermediarios en el mercado de equipos, aparatos y soportes de reproducción, para pasar a financiarse directamente con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, quedando mandatado el Gobierno para establecer reglamentariamente el procedimiento de pago de la compensación y, en consecuencia, para determinar la cuantía de la misma en el nuevo sistema (...)”.

<sup>700</sup> Resultan ilustrativas las contundentes opiniones expresadas por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: “La polémica sobre el sistema de compensación equitativa por copia privada introducido por la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011 (desarrollada por el Real Decreto 1657/2012), basado en su financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, no ha dejado de seguir viva desde ese mismo momento, al estar generalizada la opinión de que el mismo no es acorde con el Derecho de la Unión, ya que no respeta el equilibrio que debe existir entre los titulares de los derechos perjudicados por dicha excepción o limitación y los usuarios que se benefician de ella, y que, consecuentemente, son quienes deberían asumir el pago de la compensación por el perjuicio causado. Tal es la interpretación que el Tribunal de Luxemburgo ha establecido a la

Resulta ineludible traer a colación –aún cuando posteriormente se hará un breve análisis de los argumentos que justificarían la vulneración del derecho comunitario- el hecho de que la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado Auto de fecha 10/09/2014 (en el recurso contencioso-administrativo núm. 34/2013, interpuesto contra Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, que desarrolla la disposición adicional 10ª del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre), por el que acuerda plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial sobre la conformidad con el Derecho comunitario del sistema de compensación por copia privada con cargo a Presupuestos Generales del Estado, y su fijación dentro de los límites presupuestarios previstos para cada ejercicio. Siendo así, la legalidad de tal sistema y, por ende, de lo previsto en el art. 25 está actualmente sometido al criterio que adopte el TJUE.

#### **7.1.2.- Derecho y Jurisprudencia comunitarios: la copia privada como concepto autónomo de Derecho comunitario.**

El concepto de *compensación por copia privada*, en el sentido del art. 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, tal y como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 21 octubre 2010 (TJCE 2010\312), caso *Padawan*, “es un concepto autónomo de Derecho de la Unión, que debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros que hayan establecido una excepción de copia privada, con independencia de la facultad reconocida a éstos para determinar, dentro de los límites impuestos por el Derecho de la Unión y, en particular, por la propia Directiva, la forma, las modalidades de financiación y de percepción y la cuantía de dicha compensación equitativa”. A tales efectos el considerando (39) de la mentada Sentencia nos recuerda “que dicha compensación equitativa tiene por objeto recompensar a los autores “adecuadamente” por el uso que, sin su autorización, se haya hecho de sus obras protegidas. Para determinar la cuantía de dicha compensación, debe tenerse en cuenta, como “criterio útil”, el “posible daño” que el acto de reproducción en cuestión haya causado al autor, teniendo en cuenta, no obstante, que un “perjuicio [...] mínimo” puede no dar origen a una obligación de pago. Por lo

---

hora de interpretar el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE (Sentencias 21.10.2010 –caso Padawan–, 16.6.2011 –caso Stichting –, 11.7.2013 –caso Amazon –). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *La nueva ley de propiedad intelectual*, Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil, vol. 2, num.8 (diciembre 2014), págs. 27-31. En idéntico sentido, ROGEL VIDE, Carlos, *En torno a la reforma de la ley de propiedad intelectual*, obra coordinada por Anguita Villanueva, Luis, Reus, Madrid, 2013, págs. 10-13.

tanto, la excepción de copia privada debe poder implicar un sistema “para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos”.

El citado art. 5.2.b), de la Directiva 2001/29, faculta a los Estados miembros para establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el art. 6.

El tenor literal de la norma comunitaria no admite dudas sobre el reconocimiento de un derecho a favor de los titulares del derecho de reproducción descritos en el art. 2 de la precitada Directiva, es decir, a favor de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, productores de películas y organismos de radiodifusión. Por tanto, no cabe duda de que tales titulares son los beneficiarios de la compensación, entendida como la contrapartida del perjuicio sufrido y resultante de tal copia no autorizada por estos al amparo de las excepciones o limitaciones a su derecho de reproducción.

Ahora bien, el art. 5.2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE deja un amplio margen de apreciación a los Estados en cuanto a los requisitos a través de los que se ha de instrumentar la compensación equitativa a favor de los titulares. No obstante, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre este concepto autónomo de derecho comunitario, facilitando de este modo importantes pautas que delimitan las opciones del Estado para adecuar el sistema de compensación al ordenamiento comunitario.

La Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010 (caso *Padawan*) puso de manifiesto la necesidad de modificar el art. 25 TRLPI, para exceptuar el cobro del canon por copia privada en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción puestos a disposición de sujetos distintos a las personas físicas y para fines manifiestamente ajenos a la copia privada. Así pues, el respeto a los pronunciamientos contenidos en dicha sentencia tan solo exigía precisar con detalle en la legislación española de propiedad intelectual los supuestos en los que dicho canon no puede exigirse. Dicha Sentencia y otras posteriores contienen pautas o principios interpretativos del concepto autónomo

de Derecho de la Unión, que debe interpretarse de manera uniforme en todos los Estados miembros que hayan establecido una excepción de copia privada<sup>701</sup>:

- La Directiva 2001/29 prevé que se mantenga un “justo equilibrio” entre los derechos e intereses de los autores, beneficiarios de la compensación equitativa, por un lado, y los de los usuarios de prestaciones protegidas, por otro.

- Quien causa el perjuicio al titular exclusivo del derecho de reproducción es la persona que realiza, para su uso privado, una reproducción de una obra protegida sin solicitar la autorización previa del titular. Así pues, incumbe en principio a dicha persona reparar el perjuicio derivado de tal reproducción, financiando la compensación que se abonará al titular.

- Ante las dificultades prácticas para identificar a los usuarios privados y obligarles a indemnizar a los titulares de los derechos por el perjuicio que les causan y atendiendo al hecho de que el perjuicio que puede derivarse de cada utilización privada, considerada individualmente, puede resultar mínimo y, por lo tanto, no dar origen a una obligación de pago, los Estados miembros tienen la facultad de establecer, al objeto de financiar la compensación equitativa, un “canon por copia privada” que no grava a las personas privadas afectadas, sino a quienes disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y, a este título, de derecho o de hecho, ponen dichos equipos a disposición de personas privadas o les prestan un servicio de reproducción. En el marco de dicho sistema, son las personas que disponen de dichos equipos quienes han de abonar el canon por copia privada”. Criterio reiterado en la Sentencia de 16 de junio de 2011, (*Stichting de Thuis kopie* -asunto C-462/09).

---

<sup>701</sup> AVILÉS GARCÍA nos recuerda que “la jurisprudencia sentada por el TJUE a partir de la STJUE 21 octubre 2010 (asunto C-467/08, Padawan), completada por los asuntos C-462/09 (Sentencia 16 junio 2011, *Stichting de Thuis kopie*), y C-521/11 (Sentencia 11 julio 2013, Amazon), aparecen claramente delimitados estos tres criterios o premisas esenciales que juegan un papel decisivo respecto a la solución que deba darse a la compensación equitativa por copia privada en nuestro país:

1º) La preeminente aplicación de un concepto autónomo de la compensación equitativa por copia privada plenamente integrado desde hace años en la aplicación de la doctrina de los ‘tres pasos’, recogido tanto en la legislación internacional, sea el Convenio de Berna (art. 9.2), el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996 (art. 10), o el Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1966 (art. 16), como también en la legislación comunitaria europea como ocurre sustancialmente en el art. 5.5 de la Directiva 2001/29/CE, e insertado en nuestro ordenamiento en el art. 40 bis del TRLPI a propósito de la transposición a nuestra normativa de la Directiva 96/9/CE, 11 marzo 1996, sobre protección jurídica de las bases de datos.

2º) La prevalencia en materia de compensación equitativa de la aplicación del criterio del justo equilibrio de derechos e intereses en conflicto entre los titulares de los derechos, las empresas de intermediación de soportes y equipos de reproducción y los de los usuarios o beneficiarios del uso privado de las copias, no desdeñando en ningún caso la idea de la existencia de una conmutatividad previa como eje esencial para su correcta incardinación en la estructura que le es propia, esto es, en una relación jurídica de carácter sustantivamente privada.

3º) La observancia del criterio de la indispensable vinculación y conexión funcional que siempre debe existir entre el devengo de la compensación equitativa por sus titulares y el uso potencial de los soportes o equipos de reproducción adquiridos por las personas físicas consideradas individualmente y no en su conjunto, razón de ser de una adecuada compensación del daño o ‘perjuicio efectivamente causado’ de resultados del ejercicio del límite de copia privada que lo fundamenta. Bajo la guía de estos presupuestos veamos en qué situación nos encontramos para siquiera entrever cuál será la mejor solución en los próximos años ante los problemas planteados”. AVILÉS GARCÍA, Javier, *El derecho de compensación equitativa por copia privada, un debate abierto a la jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2015, págs. 86-88.

- El “justo equilibrio” que debe respetarse entre los afectados implica que la compensación equitativa ha de calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los titulares de obras y prestaciones protegidas como consecuencia del establecimiento de la excepción de copia privada.

- El art. 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que es necesaria una vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de estos para realizar reproducciones privadas.

El TJUE, en Sentencia de 16 de junio de 2011, (*Stichting de Thuiskopie* -asunto C-462/09) ofrece una serie de pautas o criterios que delimitan el margen de apreciación de los Estados al declarar que, según se desprende del art. 5, apartado 2, letra b), y del trigésimo quinto considerando de dicha Directiva 2001/29, en los Estados miembros que han introducido la excepción de copia privada, los titulares de los derechos deben recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas realizado sin su consentimiento. Además, con arreglo al apartado 5 del mismo artículo, el establecimiento de la excepción de copia privada no puede perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho de autor.

Posteriormente, en su Sentencia de 27 de junio 2013 (asuntos acumulados C-457/11 a C-460/11, *VG Wort*), el Tribunal de Justicia reitera que “la compensación equitativa debe considerarse la contrapartida del perjuicio sufrido por los autores y resultante de tal copia no autorizada por estos. De ello se deriva, conforme al Tribunal de Justicia, so pena de privarles de todo efecto útil [las disposiciones del art.5.2(b) Directiva 2001/29], que estas disposiciones imponen al Estado miembro que ha introducido la excepción de copia privada en su Derecho nacional una obligación de resultado, en el sentido de que dicho Estado está obligado a garantizar, en el marco de sus competencias, la percepción efectiva de la compensación equitativa destinada a indemnizar a los autores perjudicados por el perjuicio sufrido, en particular si dicho perjuicio se ha producido en territorio de dicho Estado miembro”.

A su vez, en su Sentencia de 11 de julio 2013 (*Amazon*, asunto C-521/11), el TJUE vuelve a reiterar los pronunciamientos de *Padawan* y *Stichting de Thuiskopie*, recordando que cualquier sistema de financiación de la compensación equitativa “sólo es compatible con los requisitos del denominado

“justo equilibrio” en caso de que los equipos, aparatos y soportes de reproducción en cuestión puedan utilizarse para realizar copias privadas y, por consiguiente, puedan causar un perjuicio a los autores de obras protegidas”, y que “en atención a dichos requisitos, existe una necesaria vinculación entre la aplicación del canon por copia privada en relación con esos equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y la utilización de estos para realizar reproducciones privadas.

Y por último, el Tribunal de Justicia advierte (apartado 47) que “el concepto y la cuantía de la compensación equitativa, en el sentido del art. 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29, están vinculados al perjuicio causado a los titulares del derecho de reproducción exclusivo mediante la reproducción para uso privado, no autorizada, de su obra protegida. Desde esta perspectiva, la compensación equitativa debe considerarse la contrapartida del perjuicio sufrido por dichos titulares y, por lo tanto, debe calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a estos como consecuencia del establecimiento de la excepción de copia privada.

A la vista de los anteriores criterios o pautas fijadas por la jurisprudencia del TJUE, se ha cuestionado que el sistema de financiación de la compensación con cargo a los Presupuestos Generales se ajuste al criterio del justo equilibrio. Habida cuenta que es soportado por el conjunto de los contribuyentes y que no existe vinculación alguna con quien causa el perjuicio al titular exclusivo del derecho de reproducción (persona que realiza una reproducción de una obra protegida para uso privado). Esa desvinculación se produce en un doble sentido: de un lado, porque el beneficiario del límite -esto es, quien, con la cobertura del límite hace copias privadas- no soporta el pago de la compensación, configurada por la Directiva como necesaria contraprestación al disfrute del límite; y, de otro lado, porque quien hace el desembolso de la compensación es un tercero -el Estado, a través de sus Presupuestos Generales- que se no se beneficia en absoluto del límite y que no realiza copias privadas. Y, a su vez, *muta* una de las piezas esenciales del régimen jurídico de este derecho, propio de una institución civil (la reparación del perjuicio o daño patrimonial causado a sus titulares por el uso de copia privada, de acuerdo con el principio de “justo equilibrio” establecido por el Derecho comunitario europeo), convirtiéndolo en una obligación financiera del Estado sujeta a los rígidos condicionamientos y limitaciones de la legalidad presupuestaria.

A su vez, cabe argumentar que el sistema de compensación equitativa previsto en el Real Decreto-ley 20/2011 y RD 1657/2012 no se compadece con las reglas y principios del Derecho comunitario al transformar en una carga pública asumida por el Estado con cargo a sus Presupuestos Generales el pago de dicha compensación. Se altera el “fundamento” de la obligación *ex lege* de compensación equitativa prevista en el art. 25 TRLPI, que reside en la compensación del perjuicio

sufrido por los titulares del derecho y medido en razón al daño ocasionado por la copia privada y asumida por quienes realizan las copias privadas. De modo que, conforme al sistema de pago con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, dicho fundamento pasa a ser el “interés público” que subyace en la asunción por el Estado de la compensación del daño a los titulares del derecho de propiedad intelectual con cargo (y dentro del límite) que marque la correspondiente partida de los Presupuestos Generales del Estado.

### **7.1.3.- Situación actual de la copia privada en España.**

Anteriormente hemos anticipado un hecho de absoluta relevancia de cara al sistema legal de remuneración por copia privada implantado en nuestro país, como es la cuestión prejudicial<sup>702</sup> planteada por el Tribunal Supremo (mediante Auto de fecha 10/09/2014, sobre la conformidad con el Derecho comunitario del sistema de compensación por copia privada con cargo a Presupuestos Generales del Estado, y su fijación dentro de los límites presupuestarios previstos para cada ejercicio.

A su vez, se ha de mencionar la interposición y admisión a trámite del recurso N° 681-2015 de inconstitucionalidad contra la última reforma interpuesto por el Partido Socialista Obrero Español. El recurso se fundamenta en una lesión de los derechos de los arts. 33 y 31 de la Constitución Española. Así, en el recurso se razona que se ha convertido en gasto público una obligación jurídico-privada, colectivizando o socializando así una carga privada sin que en ninguna norma o principio de Derecho comunitario o nacional se encuentre amparo para ello. Y ello, dado que ningún interés público o general puede invocarse para justificar una novación que implica sustituir al deudor de una obligación legal vigente entre sujetos de Derecho privado, transformándola en una obligación legal entre sujetos –al menos el deudor– de derecho público a cargo del Estado. Lo que fundamenta la vulneración tanto del art. 33 CE como el art. 31 CE.

Continúa el recurso razonando en el sentido de que, través de esta modificación legal, hemos pasado de un sistema de remuneración compensatoria, con contenido indemnizatorio, con cargo a los fabricantes, importadores y distribuidores de equipos y aparatos idóneos para la reproducción, y con repercusión final en el precio de los productos y, por lo tanto, en el usuario final, a un sistema de

---

<sup>702</sup> En concreto el TS formula las siguientes cuestiones: A) ¿Es conforme al art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 un sistema de compensación equitativa por copia privada que, tomando como base de estimación el perjuicio efectivamente causado, se sufraga con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación sea soportado por los usuarios de copias privadas? B) Si la anterior cuestión recibiese una respuesta afirmativa, ¿es conforme al art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 que la cantidad total destinada por los Presupuestos Generales del Estado a la compensación equitativa por copia privada, aun siendo calculada con base en el perjuicio efectivamente causado deba fijarse dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio?”

remuneración compensatoria, sin contenido indemnizatorio al estar fijada su cuantía a tanto alzado, con cargo al Estado, y sin posibilidad de repercusión alguna.

Siendo así, la legalidad de tal sistema y, por ende, de lo previsto en el art. 25 está actualmente sometido al criterio que adopte el TJUE y el TC<sup>703</sup>.

## **7.2.- La remuneración por copia privada de los artistas intérpretes.**

### **7.2.1.- Origen y fundamento.**

ROGEL VIDE<sup>704</sup> nos ilustra sobre la razón de ser de este derecho y al respecto manifiesta: “en el Siglo XX, sobre todo en la segunda mitad del mismo, la proliferación de aparatos reproductores de obras –inexistentes antes- alteró, en buena medida, el estado previo de las cosas en torno a las copias privadas, pues éstas, aún siéndolo, podían llegar a ser muchas, afectando, tal circunstancia, a la explotación normal de la obra copiada, lo cual determinó que, cuando menos y a cambio de la posible realización de las copias en cuestión- sin control de las mismas ni autorización previa requerida- se abonase a los autores, a los creadores, a través de las entidades de gestión de sus derechos una compensación, equitativa y simbólica”.

El fundamento del límite y de la remuneración que lleva aparejada, por tanto, es eminentemente económico, y reside en la amplia difusión del fenómeno de la copia privada y su implantación de manera generalizada en la sociedad, propiciado por el auge y desarrollo de las nuevas tecnologías (aún más, si cabe, con los medios de reproducción digital que permiten hacer más copias de idéntica calidad a la del original), de imposible control por los titulares del derecho de reproducción, que ven cercenado su derecho exclusivo y disminuidos sus legítimos derechos a participar en los ingresos generados por la explotación de la obra.

---

<sup>703</sup> Nos remitimos al exhaustivo y acertado análisis de estas cuestiones que realiza AVILÉS GARCÍA y, de manera concreta, a la exposición relativa a las dos vías de revisión a que está sometida la legalidad de la compensación por copia privada en España, esto es la que califica como vía indirecta (la cuestión prejudicial planteada por el TS al TJUE; y, la vía directa, el recurso de inconstitucionalidad ante el TC. No obstante, por su rotundidad consideramos oportuno reproducir las conclusiones del citado autor, a partir de toda la argumentación contrastada en ese estudio, donde se analiza el contenido del Auto del TS de 10 de diciembre de 2014, junto con el apoyo de la jurisprudencia del TC en los últimos años. Así, nos dice AVILÉS GARCÍA que todas las anteriores argumentaciones: “permiten atisbar que la situación actual respecto a la compensación equitativa está irremisiblemente abocada a un cambio legal. Partiendo del análisis preliminar del contenido de las dos sentencias principales de nuestro Tribunal Constitucional relativamente cercanas en el tiempo (STC 196/2009, de 28 septiembre y STC 123/2010, de 29 noviembre), estrechamente relacionadas entre sí, que determinaron con precisión en su día el ámbito de la tutela legal efectiva de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor en su vertiente de acceso a la jurisdicción, entendemos ahora que la polémica sobre la naturaleza, contenido y alcance del derecho de compensación equitativa por copia privada en nuestro país tiene que reconducirse finalmente en la línea marcada por los criterios marcados nítidamente por la jurisprudencia del TJUE. La finalidad es muy oportuna y tal vez urgente por la situación de interinidad e inseguridad jurídica en que nos encontramos, y parece llegado el momento de cerrar un debate que por llevar formalmente abierto en sede legislativa desde 2011 parece preciso cerrar cuanto antes”. AVILÉS GARCÍA, Javier, *El derecho de compensación equitativa*, *óp.cit.*, pág. 131.

<sup>704</sup> ROGEL VIDE, Carlos, *En torno a la reforma de la ley de propiedad intelectual*, *óp. cit.*, pág. 9.



Ante ese problema los legisladores se enfrentan a soluciones diversas: no limitar ese tipo de prácticas por parte de los ciudadanos, o establecer límites muy exigüos, lo que comporta la ilicitud de todas o gran parte de las copias privadas que aquellos realizan, con la consiguiente “criminalización de la sociedad”, y sin que, a mayor abundamiento, el perjuicio causado a los titulares del derecho de reproducción se vea compensado, habida cuenta de la imposibilidad de instaurar sistemas eficaces de control y ejercicio del *ius prohibendi*, ya que la reproducción privada es un fenómeno masivamente extendido. O, en sentido contrario, instaurar un régimen de límites, excesivamente amplio, lo cual podría vaciar de contenido el derecho exclusivo de sus legítimos titulares y perjudicar la normal explotación de sus obras o prestaciones.

Dentro de ese margen de maniobra -siguiendo la explicación de VALLÉS RODRÍGUEZ<sup>705</sup>-, en el ámbito del Derecho comparado, las “soluciones” adoptadas por el legislador son diversas: por un lado, el sistema anglosajón, basado en el *fair use*, propio de los países con un sistema de *Copyright*; y, por otro, el sistema implantado en los países continentales, como los Estados de la UE, en los que se establece un límite al derecho de reproducción para “legalizar” la copia privada, a cambio de una compensación para sus titulares. Y dentro de este sistema, cabe diferenciar, a su vez, posiciones diversas. Una de ellas es la de establecer una tasa de naturaleza fiscal sobre el material sujeto, equipos, soportes y materiales. Nos dice VALLÉS RODRÍGUEZ que este es el sistema en el que la remuneración compensatoria se abona con cargos públicos, citando como ejemplo la Ley noruega de 2 de junio de 1981<sup>706</sup>.

La otra opción, -implantada anteriormente en España, y en la mayor parte de los Estados comunitarios-, es establecer en el marco de los derechos de autor, una remuneración compensatoria, el denominado sistema de “canon”.

La dogmática jurídica se ha ocupado profusamente sobre la naturaleza de la remuneración por copia privada, a pesar de que su estudio escapa del propósito de este trabajo<sup>707</sup>, no obstante, cabe enunciar las principales opiniones vertidas -que son sintetizadas por XIOL RÍOS<sup>708</sup> en los siguientes términos: “El derecho de remuneración compensatoria se configura así claramente

---

<sup>705</sup> VALLÉS RODRÍGUEZ, Matías, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, págs. 534-535.

<sup>706</sup> Modelo, por otra parte, que es el que parece inspirar al legislador español tras la modificación del art. 25, el 31 de diciembre de 2011, a pesar de que se niegue su naturaleza fiscal, con objeto de salvar los reproches que se infieren respecto a la determinación de la cuantía con sujeción a la limitaciones presupuestarias y no al verdadero perjuicio sufrido por los titulares del derecho sometido al límite, cuestión sobre la que luego insistiremos).

<sup>707</sup> Al respecto *vid.* la descripción de las distintas posiciones de la doctrina en la obra de SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 167-175.

<sup>708</sup> XIOL RÍOS, Juan Antonio, *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 64.

como uno de los derechos de autor, lejos de la naturaleza que corresponde a las exacciones de derecho público, a pesar de la denominación de canon con que habitualmente suele designársela (SSTS, Sala Tercera, de 10 de febrero de 1997). La tesis más extendida es la de licencia legal indirecta; legal, por que la autorización de la reproducción no procede del titular del derecho sino de la ley; indirecta, porque la remuneración se satisface no por el verdadero copista, sino por el fabricante o importado de los equipos, materiales o soportes que hacen posible la reproducción, de tal suerte que los efectos de la licencia legal se trasladan *ope legis* de este al adquirente, que efectuará legítimamente la copia en ejercicio de la autorización obtenida por el primero (DELGADO PORRAS). Otros autores, poniendo de manifiesto que el pago de la remuneración no es presupuesto de la licitud de la reproducción, se resisten a hablar de licencia legal y consideran la copia privada como un supuesto de libre utilización que da lugar a un derecho de simple remuneración, equiparable al llamado *droit de suit* o reventa por obras plásticas (art. 24 LPI)...”

En cualquier caso, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de este derecho (Sentencia de 10 de febrero de 1997) confirmando su naturaleza jurídico-civil, dirigida a compensar, anualmente, los derechos de propiedad intelectual, de naturaleza jurídico privada, dejados de percibir por razón de la reproducción para uso privado del copista que la ley permite sin autorización del autor. Es decir, a compensar una ganancia dejada de obtener, de la que son acreedores los autores de obras publicadas en forma de libros o publicaciones asimiladas a estos, de fonogramas, videogramas o en cualquier otro soporte sonoro, visual o audiovisual, y, en sus respectivos casos, los editores, los productores de fonogramas y videogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en dichos fonogramas y videogramas. Desechando en todo caso atribuir la naturaleza de una exacción parafiscal, al faltar en ella el carácter contributivo, esto es, su destino a la financiación de gastos públicos o necesidades colectivas, que sería necesario para la afirmación contraria.

### **7.2.2.- Regulación sustantiva aplicable a los artistas.**

El art. 25 vigente, bajo la rúbrica “Compensación equitativa por copia privada”, por lo que afecta los intérpretes audiovisuales, determina que la reproducción de obras divulgadas en forma de videogramas o de otros soportes visuales o audiovisuales, realizada exclusivamente para uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales, de conformidad con los apartados 2 y 3 del art. 31, originará una compensación equitativa y única para cada una de las tres modalidades de reproducción mencionadas.

Asimismo, los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido fijadas en videogramas<sup>709</sup> se incluyen en el catálogo de “beneficiarios” de dicha compensación (conforme a la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 21/2014, eran calificados como acreedores) que se prevé en el art. 25.2 del vigente TRLPI. En este caso, esa condición de beneficiarios se atribuye a aquellos titulares cuyo derecho de reproducción también se ve afectado por la copia privada de videogramas, esto es, los autores audiovisuales y los productores de grabaciones audiovisuales.

Ahora bien, tan sólo en el caso de los autores y de los artistas intérpretes o ejecutantes la ley establece una importante salvaguarda en su favor al disponer que el derecho será irrenunciable. La razón última es la posición preeminente que ostenta el productor audiovisual frente a estas dos concretas categorías de titulares, y la posibilidad de que, no contando con tal prevención expresa en la ley, autores y artistas se verían abocados a transmitir sus derechos al productor mediante una cesión expresa prevista al efecto en los contratos que suscriben con el productor para la realización de las producciones audiovisuales. Ello implica que el intérprete audiovisual no podrá renunciar a su derecho por vía contractual, por ser contrario a la legalidad vigente, según resulta de la aplicación *a sensu contrario* del art. 1255 Cc. A pesar de que la ley no lo exprese, se ha de entender que para dotar de virtualidad a tal prevención, el derecho es, asimismo y en esencia, intransmisible.

El objeto de este derecho no es otro que compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón del límite legal de copia privada. Tal límite, como veremos, exime de la necesaria autorización a los actos de reproducción que realicen los particulares para uso privado (siempre que concurren todos los presupuestos de orden positivo o negativo exigidos por el art. 31.2 y 3 TRLPI). La razón de ser no es otra que dotar de licitud, o considerar como algo permitido por la ley, a la copia privada, en coherencia con el hecho de ser una práctica social generalizada de imposible control por los titulares del derechos de reproducción. En efecto, la copia privada de grabaciones audiovisuales es una práctica totalmente extendida y “socialmente admitida”. Son habituales los casos en los que las obras audiovisuales emitidas por televisión son grabadas, o aquellos en que se reproduce el soporte adquirido de la película (*Blu-ray*, DVD), etc. que contiene las interpretaciones artísticas fijadas. De este modo, y habida cuenta, a su vez, de la imposibilidad de establecer mecanismos eficaces de concesión de licencias a una multiplicidad indeterminada de potenciales “copistas”, así como de implantar medidas de control efectivo, es la ley la que restringe

---

<sup>709</sup> El término videograma implantado desde la regulación de este derecho en el art. 25 de la LPI, ha de ser entendido conforme nos decía el R.D. 144/1992, como “toda grabación de imágenes asociadas que den sensación de movimiento, con o sin una sonorización incorporada. Redacción análoga a la de grabación audiovisual que contiene la ley vigente.

el derecho exclusivo de autorizar la reproducción, previsto, en este caso, en el art. 107 TRLPI para los artistas.

Según hemos anticipado, conforme al nuevo sistema implantado desde 1 de enero de 2012 esta compensación se hará efectiva con cargo a una consignación anual en los Presupuestos Generales del Estado. El pago a los beneficiarios, entre ellos a los artistas, se realizará a través de las entidades de gestión. En consecuencia, la labor de las entidades en relación con la remuneración compensatoria se limita<sup>710</sup> a ingresar la cantidades que haya determinado y satisfecho la Administración y distribuirlas entre los artistas, conforme al procedimiento de reparto previamente establecido y predeterminado en los Estatutos de la entidad, en los términos previstos en el art. 154 TRLPI.

El procedimiento de determinación de la cuantía de esta compensación, se regula por vía reglamentaria, si bien -en todo caso, por establecerlo una disposición con rango legal, esto es el propio art. 25 TRLPI- deberá ser calculada sobre la base del criterio del perjuicio causado a los beneficiarios debido al establecimiento del límite de copia privada.

A los efectos de la determinación de la cuantía de la compensación equitativa, no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado determinadas reproducciones digitales realizadas mediante equipos, aparatos y soportes adquiridos por personas jurídicas que no se hayan puesto, de hecho ni de derecho, a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas; o aquellas reproducciones para usos profesionales siempre que se cuente con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras y prestaciones protegidas en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial.

Ahora bien, una de las novedades más significativas, y más criticadas, introducidas por la Ley 21/2014, reside en la regulación de una serie de supuestos, que se excluyen de la obligación de compensar (obligación que, no olvidemos, pesa sobre el Estado), por considerar que el perjuicio ha sido mínimo. En concreto estos supuestos (que podrán ampliarse reglamentariamente) se refieren a la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno. Es el denominado *time-*

---

<sup>710</sup> Más allá de las alegaciones que puedan efectuar durante el proceso de determinación de la cuantía anual, las entidades no cuentan con otras facultades mas amplias.

*shifting* o pausa en espera, que ofrecen muchos de los servicios de TV a la carta, o que posibilitan los denominados *Smart TV*<sup>711</sup>. Habida cuenta que estos supuestos son habitualmente empleados por los particulares para hacer copias para uso privado, y que su uso es cada vez más generalizado, la justificación de su exclusión no responde a ninguna razón jurídica o económica que acredite que efectivamente el perjuicio es mínimo<sup>712</sup>.

### **7.3.- El límite por copia privada aplicable a las interpretaciones audiovisuales.**

El límite por copia privada, tras la modificación TRLPI, por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, exime de la obligación de obtener la autorización del autor (y de los otros titulares de derechos de propiedad intelectual, entre los se hallan los artistas) en relación con los actos de reproducción, en cualquier soporte (analógico o digital), de obras ya divulgadas (en el caso de los artistas de las interpretaciones incorporadas a obras o grabaciones audiovisuales que, en el supuesto más habitual, habrán sido comunicadas públicamente, si bien cabe que, sin existir tal comunicación, se hubieran hecho accesibles al público por cualquier otro medio), cuando concurren simultáneamente una serie de circunstancias constitutivas del límite legal de copia privada, que se concretan del siguiente modo:

a) La reproducción se ha de realizar por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales. Con esta redacción se pretenda dar solución al carácter indiscriminado con que fue calificado el sistema español por el TJUE en la Sentencia *Padawan*.

b) Las obras reproducidas tan sólo son aquellas a las que se haya accedido legalmente desde una fuente lícita<sup>713</sup>. Ahora bien, la ley define de manera extremadamente restrictiva qué ha de entenderse por “acceso legal”, limitando el mismo a los siguientes supuestos (i) copias realizadas a partir del soporte original adquirido en propiedad por compraventa mercantil<sup>714</sup>

---

<sup>711</sup> Los Smart TV permiten a los espectadores localizar contenidos audiovisuales (vídeos, películas, fotografías) online, o en un canal de televisión por cable, o en un canal de televisión por satélite o almacenado en un disco duro y reproducirlos en un disco duro local. Esta tecnología también se incorpora en los aparatos de televisión, sino también en otros dispositivos como las set-top boxes, grabadores de video digital, reproductores Blu-ray, home cinemas, consolas de videojuegos, etc.

<sup>712</sup> No se puede obviar una realidad, manifestada además públicamente, como es que las críticas vertidas sobre las razones que inspiran ésta y otras especialidades incorporadas en la nueva redacción de los arts. 25 y 31, consisten en reprochar al legislador un único propósito predeterminado, inconfesado e inconfesable, como es reducir al mínimo la cuantía de la compensación, habida cuenta que ahora el Estado es el deudor de la compensación.

<sup>713</sup> En este mismo sentido, se ha de tener presente la STJUE de 10.4.2014 –caso ACI Adam –, según la cual la excepción de copia privada del art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 no es aplicable a las copias obtenidas a partir de una fuente ilícita.

<sup>714</sup> Al respecto el Consejo de Estado, en el informe emitido por el Pleno, en sesión celebrada el día 28 de noviembre de 2013, en relación con el Anteproyecto de Ley de modificación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil puso en evidencia

(v.gr. el CD de la película comprada; no están comprendidos aquellos supuestos en los que la copia se hace a partir de un ejemplar prestado o regalado), o (ii) cuando el acceso a la obra se produzca a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante radiodifusión (con exclusión expresa de los actos de puesta a disposición), únicamente con el propósito de permitir su visionado o audición en un momento temporal más oportuno, en el sistema conocido como pausa en directo, no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada (con esta última mención se excluyen v.gr. los actos de “piratería” en los que se graba una película en una sala de cine).

c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.

Por su especial relación con el ámbito audiovisual, se ha de incidir en que el concepto de copia privada se delimita en sentido negativo, de modo que no se consideran comprendidas en el concepto de copia privada las reproducciones de obras que sean objeto de puesta a disposición interactiva al amparo de una licencia que autorice la reproducción. Se trata de los servicios como el “vídeo” a la carta *online*, que autorizan no solo el acceso *streaming* sino la descarga o copia de la película (*downloading*).

La restricción del concepto legal de copia privada y, de manera muy particular, la limitación respecto a los supuestos de acceso legal -reproducciones obtenidas a partir de soportes adquiridos por compraventa comercial y a través de la radiodifusión con destino a la pausa en espera-, significa un daño menor derivado de este límite y, por tanto, una menor compensación.

La principal censura<sup>715</sup> que se ha formulado a la revisión de este límite por la Ley 21/2014, en

---

que: “Esa reducción, al identificar en esencia el acceso legal con la adquisición por medio de compraventa, genera un escenario futuro en el que los titulares de derechos de propiedad intelectual se verán en la obligación, a fin de defender esos derechos, de tener que tratar de comprobar si las adquisiciones reúnen los requisitos del art. proyectado o si, en realidad, el acceso se produjo por otro medio (como el préstamo o el alquiler) o a través de una compraventa que no reunía el carácter de comercial (compraventa de segunda mano).

<sup>715</sup> En este sentido se manifestó el Consejo de Estado, en el informe emitido por el Pleno, en sesión celebrada el día 28 de noviembre de 2013, expresando que: “Las anteriores observaciones permiten afirmar que la modificación legal proyectada puede situar a un importante número de ciudadanos ante una situación en la práctica de ilicitud, como han señalado en alegaciones diversos sectores informantes, situación que no se acompaña de las suficientes medidas dirigidas a evitarla a través de la concesión de una autorización o licencia del titular del derecho, que ni sabe, ni puede, ni dispone de los medios para conceder esas autorizaciones en cada caso concreto. Muchas de las actuales prácticas de realización de reproducciones totales o parciales de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual seguirán amparándose en la excepción de copia privada, sin que, en su caso, la pérdida de esa cobertura vaya a ir acompañada de las referidas medidas de canalización por los titulares de los derechos de propiedad intelectual del control y defensa de sus derechos ante la actividad de los usuarios, ni del correlativo acceso a la compensación por el perjuicio causado por los accesos ilegales, con el consiguiente impacto en su economía.

Por otra parte, la implantación en su caso de esta nueva configuración del límite de copia privada, no va a producir un cambio de hábitos inmediato en los ciudadanos que tienen que asumir que lo que era una actividad habitual y legal de realización de copias de obras y prestaciones protegidas en el marco de la propiedad intelectual socialmente arraigada en 25 años de regulación estable,

atención a las restricciones apuntadas, es que prácticamente se elimina con el consiguiente perjuicio para los particulares, ante las dificultades prácticas e inseguridad jurídica que conlleva la obtención de las pertinentes autorizaciones, así como para los titulares de derechos (especialmente en el caso de los artistas) dado que en la mayoría de los supuestos no pueden en la práctica licenciar ni controlar las reproducciones que los ciudadanos realizan en privado. Y según recientes informes<sup>716</sup> “la supresión de la copia privada no conllevaría a un incremento significativo de la demanda de contenidos y no resultaría una situación de ganancia-ganancia para todos los participantes del mercado.../... la supresión de la compensación por copia privada dejaría claramente a los titulares de derechos en una situación peor. Ello es así porque perderían los ingresos generados por la remuneración que compensa el uso de sus obras, y no se beneficiarían del pretendido incremento de las ventas de dispositivos que resultaría de la supresión del canon. El impacto negativo en los ingresos reduce los incentivos a desarrollar nuevos contenidos de calidad”.

## **8.- RECAPITULACIÓN: MARCO REGULATORIO DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES SOBRE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES PREVISTO EN EL TRLPI.**

Tras el análisis de los derechos patrimoniales que el TRLPI atribuye al artista-actor titular originario de una interpretación audiovisual, cumple recapitular los aspectos sustantivos esenciales, concretándolos del siguiente modo:

- 1ª.-** La vigente normativa sobre propiedad intelectual de nuestro país atribuye a los actores sobre sus interpretaciones audiovisuales un marco completo de derechos patrimoniales, a la par que establece una forma de ejercicio coherente con el tráfico jurídico del mercado audiovisual y un justo equilibrio de intereses para que dichos bienes jurídicos de interés cultural alcancen el mayor nivel de explotación posible. Tal objetivo se cumple estableciendo una doble estructura de los derechos de explotación que permiten al titular participar de los rendimientos económicos que generen las interpretaciones audiovisuales

---

pasaría a ser, si se realiza sin la correspondiente autorización, una reproducción ilícita. Por lo anterior, el Consejo de Estado considera que debe efectuarse una profunda revisión de la proyectada configuración del art. 31.2, pues como se ha expuesto, se ajusta con dificultad a la jurisprudencia del TJUE, desconoce o trata de soslayar la realidad social sobre la que se proyecta aplicar y presenta muy serias dudas sobre su capacidad para lograr la adecuada retribución del perjuicio causado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual(...).

<sup>716</sup> Informe elaborado por COMPASS LEXECON, en febrero de 2012, a solicitud de AEPO-ARTIS, GESAC, IFPI, SAA, IMPALA y EUROCOPYA, sobre el impacto de la copia privada en el sector cultural, en "respuesta" al informe de OXERA, de abril de 2011, encargado previamente por NOKIA, disponible en [http://www.aepo-artis.org/pages/156\\_1.html](http://www.aepo-artis.org/pages/156_1.html)

en todo caso. Es decir, según las circunstancias, el TRLPI suele atribuir al actor un derecho exclusivo de autorizar determinados actos, pero como quiera que comúnmente esas facultades se las transfiere al productor, en ese caso la norma la atribuye un derecho de remuneración para garantizarle el incentivo económico del derecho de explotación.

- 2<sup>a</sup>.- En efecto, el esquema general de los derechos de propiedad intelectual de naturaleza patrimonial que nuestro ordenamiento atribuye a los intérpretes audiovisuales sobre sus interpretaciones fijadas, se estructura, en primer lugar, a través de *derechos exclusivos de autorizar* (la fijación, la reproducción, la distribución de soportes materiales, la comunicación al público -incluida la puesta a disposición interactiva), cuyas facultades se manifiestan en una doble vertiente: positiva, de modo que el intérprete puede concretar su ejercicio efectivo, directa o indirectamente (cediendo su derecho a un tercero); y, negativa, oponiéndose el propio artista (o causahabiente) a la explotación no autorizada de sus interpretaciones (*ius prohibendi*). Derechos que, con alcance general, se ceden “en exclusiva” por el artista (de manera presuntiva –salvo prueba en contrario-, o contractualmente) al productor de grabaciones audiovisuales, en atención a la realidad del mercado audiovisual, como garantía jurídica para la multiplicidad de usuarios que explotan las obras o grabaciones audiovisuales, que les salvaguarda de incurrir en una explotación ilícita, habida cuenta de la imposibilidad material de articular un sistema de concesión de autorizaciones por la multiplicidad de artistas que intervienen en las producciones audiovisuales.
- 3<sup>a</sup>.- El *derecho exclusivo de autorizar la fijación* de las interpretaciones artísticas, tan sólo adquiere virtualidad y sentido respecto a las interpretaciones en vivo o no fijadas en ningún soporte, medio o sistema (art. 106 TRLPI), habida cuenta que en el ámbito audiovisual esta facultad se ejercita a través de la suscripción del contrato de interpretación para la realización de una producción audiovisual (tal fijación es inherente al propio objeto del contrato). Y, habida cuenta, a su vez, que la facultad que integra el denominado derecho de fijación, pierde sustantividad propia, atendiendo a la finalidad o destino de las producciones audiovisuales (esto es, la comunicación pública a la que están destinadas), frente a la definición omnicomprendensiva del concepto de reproducción incardinado en el art. 18 TRLPI (al que se remite expresamente el derecho de reproducción previsto en el art. 107 TRLPI).
- 4<sup>a</sup>.- El *derecho exclusivo de autorizar la reproducción* de las interpretaciones artísticas fijadas



(art. 107 TRLPI) se cede por el artista (contractual o presuntivamente) al productor de grabaciones audiovisuales. Ello responde a la lógica del mercado audiovisual, que requiere que este último obtenga las facultades necesarias para agotar las diversas ventanas de explotación de las producciones audiovisuales a través de ulteriores actos de distribución o comunicación pública de éstas, para lo cual como “paso intermedio” o presupuesto *sine qua non* es necesaria su reproducción.

- 5ª.- El *derecho exclusivo de autorizar la distribución*, bajo las formas de venta u otro título de transmisión de la propiedad, alquiler y préstamo de los soportes materiales que incorporan las interpretaciones artísticas fijadas (art. 109.1 y 2 TRLPI), atendiendo a las prácticas contractuales del sector, es cedido contractualmente por el intérprete audiovisual al productor de grabaciones audiovisuales sin limitación alguna. No obstante, la ley -art. 109.3.2º- establece una presunción de cesión *iuris tantum* respecto al alquiler -sin perjuicio de la remuneración que corresponde al artista por tal forma de distribución.
- 6ª.- El *derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público* de las interpretaciones artísticas (art. 108.1.a y art. 108.2) se presume cedido –presunción *iuris tantum*- al productor para cualesquiera de los actos comprendidos en la modalidad de explotación consistente en la comunicación al público (descrita en el art. 20.1 TRLPI, y concretada, de manera no taxativa, en art. 20.2). En todo caso, atendiendo a las cláusulas contractuales habituales del sector, el productor adquiere asimismo este derecho exclusivo, con el anterior alcance general. Una recta interpretación del tenor literal del apartado 1. a) del art. 108 (que atribuye al artista el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus actuaciones, salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión, o cuando se realice a partir de una fijación previamente autorizada) determina un doble régimen respecto a las actuaciones o interpretaciones en vivo o no fijadas y aquéllas que en sí mismas constituyan una radiodifusión en directo, frente a aquéllas otras fijadas previamente por cualquier medio, soporte o sistema para ser comunicadas en un momento posterior. En todos los supuestos comprendidos en lo que pudiera parecer una excepción o exclusión, en contra del criterio interpretativo sustentado en contrario, el derecho exclusivo existe, si bien éste se ejercita en el momento mismo en que es autorizada la fijación de la interpretación o, conforme al art. 110 TRLPI, en el momento en que se suscribe el contrato de interpretación. Con carácter excepcional, la autorización para la retransmisión en el ámbito de la UE resulta imperativa a tenor de lo previsto en el art. 108.1, en relación con el art. 20.4.b), ambos del TRLPI, de manera tal

que ha de ser concedida por la entidad de gestión correspondiente.

- 7ª.- A su vez, y de otro lado, nuestro ordenamiento garantiza a los artistas la obtención de los rendimientos económicos por la explotación de sus trabajos creativos, en cuanto fundamento propio de la propiedad intelectual que ostentan sobre sus interpretaciones audiovisuales, mediante la atribución de una serie de *derechos de remuneración* (por el alquiler de soportes audiovisuales y por la comunicación al público en cualquier forma, incluida la puesta a disposición interactiva), cuya percepción efectiva se garantiza, a su vez, por una triple vía: (i) dotando a estos derechos de un carácter *irrenunciable e intransferible*; (ii) a través de un sistema de gestión colectiva obligatorio; y (iii) atribuyendo la condición de obligado al pago del derecho de remuneración al usuario que realiza los actos de explotación de las interpretaciones audiovisuales por los beneficios, directos o indirectos, que tal uso o explotación le reporta.
- 8ª.- El art. 109.3.2º TRLPI establece una presunción de cesión *iuris tantum* respecto a la concreta forma de distribución mediante *alquiler* de soportes en los que se contienen o están fijadas las interpretaciones audiovisuales, que opera cuando el artista celebra el contrato de producción audiovisual con el productor. Ahora bien, nuestro ordenamiento garantiza la participación del artista en los rendimientos generados por dicha forma de explotación mediante un derecho de remuneración de carácter irrenunciable e intransferible, de gestión colectiva obligatoria.
- 9ª.- Por lo que concierne al derecho de *comunicación pública* (en todas su formas, incluida la puesta a disposición interactiva), como se ha expuesto, se configura bajo el sistema de doble estructura. Esto es, de modo genérico y en primer término, el derecho de comunicación pública se articula como un derecho exclusivo de autorizar de ejercicio individual. No obstante, la ley prevé un mecanismo de cesión presuntivo (art. 110 y 108.2 TRLPI), a cambio de que el artista conserve en todo caso un derecho a obtener una remuneración equitativa, cuyo acreedor es el usuario responsable de la comunicación pública de la interpretación (apartado 2, 5 y 6 del art. 108 y párrafo 2º del art. 110). Como garantía de la percepción efectiva del derecho de remuneración por los intérpretes, se dota al mismo de un carácter irrenunciable e intransferible y de un sistema de gestión colectiva obligatoria, que comporta que la entidad de gestión habilitada al efecto ostente, por atribución legal, las facultades necesarias para la negociación con los usuarios, la determinación, la recaudación y la distribución (determinación de la parte alícuota que

corresponde al artista mediante el reparto) de la remuneración correspondiente.

**10ª.-** La compensación por copia privada que corresponde, entre otros titulares, a los intérpretes, con carácter irrenunciable, ha sufrido una profunda transformación en España (que afecta a su propia naturaleza y sistema de ejercicio) desde la aprobación del Real Decreto-Ley 20/2011, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, en concreto, a través de su Disposición Adicional 10ª, bajo la rúbrica “*Modificación del régimen de compensación equitativa por copia privada*”. Tal disposición suprimió la compensación equitativa por copia privada, cuya cuantía se correspondía con un “canon” sobre los equipos, aparatos y soportes de reproducción idóneos para reproducción para uso privado, que satisficieran los fabricantes en España, en tanto actuaran como distribuidores comerciales, así como los adquirentes fuera del territorio español para su distribución comercial o utilización dentro de este. A partir de la entrada en vigor de dicha norma, la compensación quedó sustituida por el pago de una cantidad con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Este sistema ha sido finalmente incorporado al art. 25 TRLPI, conforme a la redacción dada al mismo por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, coherenciándose con una modificación de límite por copia privada que ampara el art. 31.2 TRLPI, por la que se restringen los supuestos amparados por el mismo, sin justificación razonable, más allá de la reducción de la cuantía de la compensación que ha de satisfacer el Estado. Dicho sistema es incierto, toda vez que se halla pendiente de diversas resoluciones judiciales.

**11ª.-** En definitiva, el cuadro de derechos que de contenido patrimonial atribuye el TRLPI al actor sobre sus interpretaciones audiovisuales resulta aceptable, razonable y ajustado a las prácticas de mercado. Si bien precisa de algunos ajustes técnicos para que los derechos de explotación de tal naturaleza se desenvuelvan de una manera más eficaz en el tráfico jurídico. Al tiempo que el derecho compensatorio por copia la privada que regula deberá ser objeto de revisión absoluta para acomodar sus previsiones al Derecho español y comunitario.

## **9.- CONCLUSIONES:**

El análisis sustantivo de los derechos patrimoniales atribuido por el TRLPI al actor sobre sus interpretaciones audiovisuales pone de manifiesto tanto importantes virtudes ya destacadas como deficiencias y lagunas susceptibles de mejora para reforzar su eficacia y coherencia con las

prácticas contractuales del sector y la realidad del mercado audiovisual. Por tanto y después de todos los análisis desarrollados en el presente Capítulo, cabe establecer las siguientes conclusiones:

- 1ª.- En el capítulo de virtudes, conviene destacar que el TRLPI ofrece un cuadro completo, armonioso y eficaz de derechos patrimoniales atribuidos al actor sobre sus interpretaciones audiovisuales, a través de una innovadora doble estructura de los derechos de explotación, a los que dota de facultades de exclusividad y remuneratorias para asegurar su contenido económico al titular. Asimismo, establece una forma de ejercicio coherente con el tráfico jurídico del mercado audiovisual y un justo equilibrio de intereses para que dichos bienes jurídicos de interés cultural alcancen el mayor nivel de explotación posible.
- 2ª.- Asimismo, la opción preponderante del TRLPI es la atribución de derechos de remuneración o al menos es la que subsidiariamente siempre se impone en la práctica contractual habida cuenta de la posición de clara debilidad que el actor ostenta frente al productor. Dificultad que supera el mecanismo del derecho de remuneración y que en el caso del actor y del consumo masivo y global de sus interpretaciones audiovisuales, dicha fórmula despliega todas sus virtudes. Y todo ello, claro es, bajo el buen entendimiento de que, tal y como se ha argumentado *ab initio*, las diferencias entre los derechos exclusivos y los de remuneración –ambos de explotación– son más de forma que de fondo, esto es, se circunscriben a las formas y momentos de sus respectivos ejercicios, así como a las diferentes facultades que integran a uno u otro para su mayor eficacia, mas nunca se puede colegir de tal diferencia una de contenido económico.
- 3ª.- De otro lado, en el ámbito de las deficiencias, cabe advertir que de *lege ferenda* abogamos por una clarificación de la regulación sustantiva del derecho de fijación (art. 106 TRLPI), en orden a concretar su alcance y virtualidad respecto de las interpretaciones en vivo o no fijadas.
- 4ª.- Igualmente, del análisis desarrollado en todo el capítulo se infiere que el TRLPI tan sólo establece una presunción expresa de cesión de una de las formas concretas de explotación incluidas en la modalidad de distribución de soportes materiales que contienen la interpretaciones audiovisuales -presunción, que, como se ha dicho, tan sólo afecta al alquiler. En cualquier caso, a pesar de la ausencia de previsión expresa en la ley, cabe interpretar que, en coherencia con la realidad del mercado audiovisual y las disposiciones

legales aplicables a los autores audiovisuales, dicha presunción sería extrapolable a cualquier forma de distribución distinta del alquiler.

- 5ª.- También para superar cierta dogmática jurídica que considera, a tenor de lo previsto en el art. 108.1.a) TRLPI, que el artista audiovisual carece de un derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público en los supuestos en que ha autorizado la fijación o se trata de una interpretación radiodifundida, de *lege ferenda* quizá fuera conveniente diferenciar ese doble régimen del derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público de las interpretaciones en vivo de aquél aplicable a las incorporadas en una fijación audiovisual.
- 6ª.- El actual contexto normativo, relativo al límite por copia privada y a la compensación por copia privada que le sirve de contrapartida, es de total incertidumbre, de modo que aún existiendo argumentos que avalan el retorno a un sistema de “canon” como el vigente hasta diciembre de 2011, la solución legislativa que finalmente se consolide dependerá de las resoluciones que dicten el TJUE y el TC.
- 7ª.- En suma, si se procediera a la corrección de las deficiencias apuntadas, el cuadro de derechos patrimoniales atribuidos por el TRLPI al actor sobre sus interpretaciones audiovisuales sería netamente elogioso y virtuoso, al tiempo que satisfaría plenamente el contenido y fundamento principal que de la propiedad intelectual ampara dicha norma en sus dos primeros preceptos. Para alcanzar ese estatus ideal, no obstante, también deberá corregirse profundamente en el marco regulatorio el régimen de duración de tales derechos patrimoniales, tal y como se observará a título de deficiencia principal en el siguiente Capítulo.

## ***CAPÍTULO V***

# **DURACIÓN Y LÍMITES DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES SOBRE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES.**

## **1.- INTRODUCCIÓN.**

La institución de la propiedad intelectual nació en el siglo XIX como propiedad especial frente a la ordinaria, siendo caracterización fundamental de su especialidad la limitación temporal de los derechos patrimoniales que atribuye la propia conjunción de facultades de carácter espiritual y moral, así como la sujeción de la vertiente patrimonial a otros límites especiales y sustantivos bajo la justificación de hallar un equilibrio armonizado entre el interés general, el particular de los creadores y también el subjetivo de los ciudadanos de disfrutar de las obras del ingenio y acceder al conocimiento.

Hablar de propiedad intelectual es hablar de la tensión existente entre los distintos intereses que subyacen en la naturaleza misma del ser humano como ser cultural, ávido de conocimiento y de ocio pasivo y activo. A este respecto, y si bien tradicionalmente se han identificado como intereses contrapuestos el del creador y el de la sociedad en su conjunto<sup>717</sup>, nosotros entendemos, sin embargo, que el sistema de propiedad intelectual pone en equilibrio y armoniza dos intereses fundamentales de aquélla última, a saber: el interés de toda sociedad por acrecentar su patrimonio cultural<sup>718</sup>, y poder disfrutar del mismo, con el interés legítimo del creador de beneficiarse de su esfuerzo creador y hallar el incentivo económico y moral suficiente para seguir aportando los frutos de su creatividad al acervo común.

Efectivamente, si afirmamos que uno de los intereses que persigue equilibrar el sistema de propiedad intelectual es el del acceso a la cultura, consagrado como derecho del ciudadano y

---

<sup>717</sup> Así, SERRANO GÓMEZ se refiere a “la necesidad de encontrar un equilibrio justo entre los legítimos derechos de los creadores intelectuales y la conveniencia de promover el acceso a los bienes culturales por parte de los ciudadanos” -SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *Entorno a la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, obra coordinada por Anguita Villanueva, Luis Antonio, Reus, Madrid, 2013, pág. 23. En idéntico sentido, ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Los límites*, *óp. cit.*, pág. 9. La propia OMPI, se refiere a la propiedad intelectual como un sistema que “ayuda a establecer un equilibrio entre los intereses del innovador y el interés público, proporcionando un entorno en el que la creatividad y la invención puedan florecer en beneficio de todos” (*¿Qué es la propiedad intelectual?*, publicación OMPI 450(S), Ginebra, 2011, pág. 3 – disponible en [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo\\_pub\\_450.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf)).

<sup>718</sup> La “herencia cultural” que, según el psicólogo bielorruso VYGOTSKY, Semiónovich, reciben todos los seres humanos, y que determina su desarrollo intelectual, espiritual y estético, así como su integración e identificación con un grupo, comunidad o, en definitiva, civilización – CHACÓN BLANCO, María Dolores, *El ser humano como ser cultural*, publicado en la revista *Innovación y experiencias educativas*, núm. 26, Granada, noviembre 2010, pág. 4.

obligación de los poderes públicos en el art. 44.1 CE, debemos admitir que, entonces, el primer interés del ciudadano a este respecto es el de que exista “cultura” a la que poder acceder. Desde esta perspectiva sería entonces igualmente obligación de los poderes públicos fomentar y promover la creatividad. Y precisamente así lo dispone el art. 46 CE<sup>719</sup>, a cuyo tenor *los poderes públicos (...) promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España* -enriquecimiento que no sólo se produce mediante la adquisición y conservación de obras concretas, sino mediante su producción<sup>720</sup>.

Es en este punto donde entra en juego, entonces, el interés del creador al que aludíamos antes. Y es que el fomento de la creatividad pasa necesariamente por el reconocimiento de incentivos a favor del creador, estimulando así su actividad creativa y, con ello, el enriquecimiento del acervo cultural común. Surge así la propiedad intelectual, que se atribuye a su autor, *ex. art. 1 TRLPI, por el sólo hecho de su creación*. Propiedad que sirve de incentivo a la creación en la medida en que aquélla, conforme al art. 2 TRLPI, *está integrada por derechos de carácter moral y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra*. El carácter en apariencia absoluto de esta particular forma de propiedad se ve matizado, no obstante, por el propio art. 2 TRLPI, al establecer que las facultades que la integran (*v.gr., la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra*) pueden verse limitadas por la propia Ley<sup>721</sup>.

La propiedad intelectual, por tanto y en definitiva, está sujeta a límites, temporales y sustantivos, que encuentran su justificación en ese segundo interés que hemos mencionado (el acceso a la cultura) y que, situado en el lado opuesto de la balanza<sup>722</sup>, permite alcanzar el equilibrio perseguido por la norma -por el TRLPI.

Ahora bien, la limitación de la propiedad intelectual no constituye, sin embargo, una singularidad extraordinaria desde el momento en que en nuestro ordenamiento no existe ningún derecho ilimitado, toda vez que, como señala ALBADALEJO<sup>723</sup>, “el que el poder del autor tenga

---

<sup>719</sup> A este respecto quizás hubiera resultado más deseable, y técnicamente correcto, que las disposiciones del art. 46 CE se hubieran integrado en el art. 44 CE. Así, mientras su primer párrafo dispone, como se ha dicho, la obligación de los poderes públicos (y derecho del ciudadano) de fomentar el acceso a la cultura, su segundo párrafo bien pudiera haber reflejado la obligación de tales poderes de promover su enriquecimiento.

<sup>720</sup> Producción y creación literaria y artística a que todos tenemos derecho, reconocido y protegido como fundamental, conforme al art. 20.1.b) CE.

<sup>721</sup> En idéntico sentido, el art. 428 Cc dispone que *el autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad*, matizando el art. 429 Cc que la *lex specialis* (el TRLPI) determinará, entre otros extremos, la *forma de ejercicio* del derecho de propiedad intelectual, así como *el tiempo de su duración*.

<sup>722</sup> Opuesto al interés particular del creador y, por tanto, al interés general de enriquecer el acervo cultural. No en vano, como hemos dicho, los incentivos y estímulos a la actividad creativa obedecen a este último interés.

<sup>723</sup> ALBADALEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil III*, 11ª ed., Edisofer, Madrid, 2010, pág. 483.

ciertos límites, no es aspecto que falte tampoco en el poder en que consiste la propiedad ordinaria”. Y, efectivamente, nos dice el art. 348 Cc que la propiedad, como tal, *es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*. Siendo ello así, entendemos no obstante que la especialidad de la propiedad intelectual a este respecto, viene dada, no ya por su objeto en sí mismo considerado<sup>724</sup>, sino por los intereses que confluyen en el mismo o, con mayor precisión, en su función social. No en vano el art. 33 CE, tras proclamar el derecho a la propiedad privada (primer párrafo), dispone, no obstante, que la *función social* de tal derecho *delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes*.

Esta función social, en definitiva, es la que determina que la propiedad intelectual, a diferencia de la ordinaria, nazca limitada, temporal y sustantivamente, en los términos que veremos seguidamente<sup>725</sup> y satisfaga mejor que aquélla, incluso, la función social del art. 33 CE. Se trata, del “utilitarismo social” que SÁDABA atribuye a la propiedad intelectual, en la medida en que “se preocupa por los beneficios generales derivados del acceso y la explotación de las ideas”, quedando entonces sometida, como señala ANTEQUERA PARILLI, “a determinadas limitaciones legales, especialmente para satisfacer ciertas necesidades sociales, pero guardando un adecuado equilibrio con el fin de resguardar el legítimo interés del autor a seguir la suerte económica de su creación, estimular así su labor creativa e incentivar la producción de nuevos bienes culturales”<sup>726</sup>.

Los límites a los derechos patrimoniales del artista sobre sus interpretaciones audiovisuales son, como hemos apuntado, temporales y sustantivos. Así, y en primer lugar, tales derechos (a diferencia de los que integran la propiedad ordinaria) nacen con un horizonte temporal predeterminado, llegado el cual cesarán en sus efectos, pudiendo cualquier persona disponer de la obra o interpretación libremente -sin perjudicar, en los términos que veremos más adelante, los derechos morales del artista. En segundo lugar, y en todo caso, tales derechos nacen igualmente con una suerte de limitaciones sustantivas que, en determinadas circunstancias, privan al titular de los mismos de la plena disposición sobre su creación. La duración y límites a los derechos del

---

<sup>724</sup> Si bien de la mera comparación entre los arts. 348 y 248 Cc. podría seguirse que la especialidad de la propiedad intelectual radica en el objeto de la misma, que no es una “cosa”, sino un bien inmateral, no existe, sin embargo, unanimidad doctrinal a este respecto. Así, ROGEL VIDE, Carlos, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo V, Vol. 4º.-B, Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual*, obra dirigida por Albada Jelo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia, EDESA, Madrid, 1995, págs. 2 y ss.

<sup>725</sup> Se trata del “utilitarismo social” que SÁDABA atribuye a la propiedad intelectual, en la medida en que “se preocupa por los beneficios generales derivados del acceso y la explotación de las ideas” – característica ésta que dicho autor parece atribuir exclusivamente a la visión norteamericana de la propiedad intelectual (*Copyright*), pero que sin embargo está igualmente presente en los sistemas de Derecho de Autor – SÁDABA, Igor, en *Propiedad Intelectual, ¿bienes públicos o mercancías privadas?*, Ed. Catarata, Madrid 2008, pág. 139.

<sup>726</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Los límites del derecho del autor*, obra coordinada por Rogel Vide, Carlos, Reus, Madrid, 2006, pág. 9.



autor (o del artista) constituye, con toda probabilidad, la cuestión que más debate ha suscitado<sup>727</sup>, y continúa suscitando, esta materia, toda vez que cualquier alteración del precitado equilibrio de intereses, en cuanto que verdadero “cimiento” del sistema de propiedad intelectual, afecta a toda la estructura normativa construida sobre aquél.

Abordaremos, pues, ambas modalidades de límites, comenzando por los temporales, en relación con los derechos patrimoniales estudiados en el Capítulo anterior y que el TRLPI atribuye al artista –actor- creador o titular originario de una interpretación audiovisual.

## **2.- DURACIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES.**

### **2.1.- Consideraciones generales en torno a la duración de los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones audiovisuales.**

Una de las características esenciales de la propiedad intelectual es, como se ha dicho, su temporalidad o, con mayor precisión, la temporalidad de los derechos patrimoniales que la integran. Ello significa, en esencia, que transcurrido un periodo de tiempo legalmente determinado, cesan los derechos o facultades inicialmente reconocidos al autor de la obra o de la interpretación audiovisual, pudiendo ésta ser libremente utilizada o explotada por el público en general -esto es, la obra [o, en nuestro caso, la interpretación] pasa a formar parte del dominio público<sup>728</sup>.

La justificación más extendida para la adopción de este criterio, frente al de la perpetuidad de la protección<sup>729</sup>, viene dada por la necesidad de alcanzar un equilibrio adecuado entre lo que RAGEL SÁNCHEZ<sup>730</sup> denomina “el interés particular [del creador] y el interés cultural general”, de tal suerte que aún cuando “parece justo y razonable que el autor y sus causahabientes

---

<sup>727</sup> Así, YZQUIERDO TOLSADA afirma que “hablar sobre la duración del derecho de autor es tanto como hacerlo de uno de los aspectos que históricamente han resultado más discutidos de cuantos se dan cita en el Derecho de la propiedad intelectual”. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*, coord. por Rogel Vide, Reus, Madrid, 2005, pág. 33.

<sup>728</sup> A este respecto CHICO Y ORTIZ identifica la temporalidad como uno de los principios que informaron la LPI de 1879, recordando a tal efecto que “la propiedad intelectual se concibió como una propiedad *ad tempus*”, y que en los debates parlamentarios que precedieron la adopción de dicha norma, “frente al criterio o principio de perpetuidad, triunfó el de la temporalidad reconociendo la propiedad durante toda la vida del autor y ochenta años más a favor de los herederos”. CHICO Y ORTIZ, José María, *Presente y futuro de la propiedad intelectual*, boletín de ANABAD, año XXIX (1979), núm. 1, pág. 40.

<sup>729</sup> Existen importantes y destacadas voces doctrinales que han puesto de manifiesto la existencia de razones para defender la perpetuidad de la propiedad intelectual. Por todas ellas, ROGEL VIDE, Carlos, *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*, Reus, Madrid, 2005, págs. 325 y ss.

<sup>730</sup> RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *La duración de la propiedad intelectual*, *óp. cit.*, pág. 29.

disfruten plenamente de sus derechos de propiedad intelectual durante un plazo prolongado (...) una vez transcurrido [el mismo], cuando haya sido retribuida suficientemente la creatividad que enriqueció en su momento el panorama cultural de la sociedad, también resulta equitativo que la obra pase al dominio público para que sea más accesible al público”<sup>731</sup>.

Otro argumento a favor de la temporalidad viene dado por el hecho de que “el autor se benefició en el momento de la creación del clima cultural que la sociedad insufló en su personalidad [por lo que] parece justo que los beneficios obtenidos por él reviertan muchos años después en esa sociedad que le facilitó anteriormente la realización de su obra”<sup>732</sup>.

Sentado y admitido cuanto antecede, sin embargo, no encontramos justificación alguna al distinto trato que a este respecto dispensa el legislador (nacional, comunitario e internacional) al autor, por un lado, y a los artistas (y demás titulares de derechos conexos o vecinos), por el otro, aún revistiendo los derechos de unos y otros la misma naturaleza y justificación, integrados o referidos a una misma obra u objeto de explotación, como es la audiovisual, sobre la que pesan diferentes plazos en función del titular de los derechos patrimoniales.

Distinto trato que se ha visto acrecentado recientemente en relación con las interpretaciones audiovisuales, y ello habida cuenta la ampliación del plazo de protección a setenta años de los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas publicados o comunicados al público<sup>733</sup> -manteniéndose, no obstante, en cincuenta años el plazo de protección de los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones audiovisuales.

Si bien la determinación del plazo de protección es una decisión soberana de cada legislador (nacional, regional o internacional), los criterios empleados o esgrimidos suelen ser coincidentes en casi todos los casos, pues giran todos ellos en torno a una misma idea, a saber: el esfuerzo intelectual del creador únicamente se verá debidamente recompensado, y con ello incentivado, si

---

<sup>731</sup> *Ibid.*, pág. 30, si bien nosotros estamos de acuerdo con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo., que en sus *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, 3ª edición, Madrid 2007, pág. 509, hace coincidir el interés del creador con el de la sociedad en su conjunto, en tanto en cuanto esta última “tiene interés en fomentar la creación original de carácter intelectual, ya que la misma constituye una fuente de enriquecimiento social imprescindible”.

<sup>732</sup> El propio RAGEL SÁNCHEZ opina que este argumento “tiene menor peso que el anterior” (RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *La duración de la propiedad intelectual*, *óp. cit.*, pág. 31), nosotros coincidimos plenamente con ROGEL VIDE, tanto al apreciar que este argumento quizás sea el de mayor calado a la hora de justificar la temporalidad de la propiedad intelectual, como al advertir, no obstante, que también puede argumentarse que “el patrimonio cultural colectivo, de existir, está ahí para todos, en tanto que los creadores son solo unos pocos, del mismo modo que están ahí el mar y los sonetos, siendo pocos quienes pueden escribir un soneto – mediocre incluso – sobre el mar, con lo que puede colegirse que el patrimonio cultural preexistente, el mar y los sonetos, por sí solos, no determinan la creación”.

<sup>733</sup> Art. 112 TRLPI, tras su reforma por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, en cumplimiento de la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

se le permite disfrutar de sus derechos durante un periodo amplio de tiempo, que al menos cubra toda su vida<sup>734</sup>.

Esta circunstancia, que resulta aplicable por igual a los autores y a los artistas, unida al hecho también evidente de que los derechos patrimoniales de unos y otros responden a un mismo fin y se fundamentan en idénticos motivos (servir como incentivo a la actividad creativa), pone de relieve la necesidad de acometer una revisión profunda y rigurosa del actual esquema de plazos de protección en las legislaciones internas y en las normas de carácter supranacional.

Y es que, aún admitiendo que la protección de los derechos atribuidos al autor en sentido *lato* cuenta con una tradición mayor y que se hallan más afianzados que los derechos de los artistas, ello no justifica, sin embargo, este tratamiento desigual, del que, por otra parte no encontramos explicación satisfactoria alguna -salvo que se pretenda establecer alguna suerte de jerarquía entre las distintas categorías de creadores o titulares de derechos, inexistente y rechazada unánimemente por la doctrina más autorizada, patria<sup>735</sup> y foránea<sup>736</sup>. Resulta, en definitiva, del todo incomprensible que un punto de partida común, tanto por lo que se refiere a los derechos de propiedad intelectual en general como, en concreto, a la duración de éstos, dé lugar a plazos de protección dispares, tanto en el contexto de las legislaciones internas como en las normas de carácter supranacional.

Mas, no solo se trata de plazos dispares sino de una disparidad extraordinaria, al tiempo que nos pronunciamos *ab initio* por las ventajas que ofrecen los plazos largos y extensos sobre los cortos, e incluso por acometer en futuros trabajos –por exceder el objeto propuesto para el presente- una reflexión profunda y serena sobre el propio límite temporal, su fundamentación y efectos reales frente a los potenciales. Pues, *de facto*, tales efectos no repercuten en la forma argumentada por el legislador y la doctrina partidaria de este límite, toda vez que en el mercado y en el tráfico jurídico no se aprecian diferencias de precios o de facilidades de acceso, *v.gr.*, entre las obras de reciente creación y dentro del plazo de protección respecto de aquellas otras antiguas que se

---

<sup>734</sup> Así, CORDEIRO, Pedro João, *A duração do direito de autor*, discurso pronunciado durante el II Congreso Ibero-Americano de Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrado en Lisboa los días 15 a 18 de noviembre de 1994, y publicado en *Num Novo Mundo do Direito De Autor*, Tomo I, Ed. DGESP/Cosmos, Lisboa, 1994, pág. 175; GOLDBERG, Julian, en *The Current Term of Copyright Protection in the United Kingdom can be Justified*, disertación pronunciada en la Universidad de Kent (Reino Unido) el 29 de marzo de 2006 (disponible en <https://www.kent.ac.uk/law/ip/IPdissertations.htm>); o la Comisión Europea en su *Evaluación de impacto sobre la situación jurídica y económica de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas en la UE* – SEC(2008)2287, de 16.07.2008, que acompaña a su propuesta de reforma de la Directiva 2006/116/EC sobre el plazo de protección de los derechos de autor.

<sup>735</sup> Por todos, MARTÍN VILLAREJO, Abel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra dirigida por Rodríguez Tapia, José Miguel, Ed. Aranzadi (Thomson-Civitas), Cizur Menor, 2007, págs. 561 y ss.

<sup>736</sup> Así, MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma*, *óp. cit.*, pág. 20; FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 139.

hallan en dominio público y que son objeto de nueva publicación o edición y de puesta a disposición del público bajo precio.

Asimismo, el *dies a quo* de los plazos ya dispares acentúa más si cabe el tratamiento desigual y discriminatorio que reciben los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones audiovisuales respecto del que se brinda a derechos de igual naturaleza sobre creaciones, asimismo, similares y de naturaleza idéntica.

Sobre dicha premisa discriminatoria e injustificada, pues, girará la base de este análisis, cuya conclusión se anticipa obligada en la reivindicación de un trato igualitario, en cuanto a plazos de duración se refiere, entre los derechos del autor y los del artista, ya que el actual sistema distorsiona el ejercicio y alcance sustantivo de los respectivos derechos que concurren sobre una misma creación, toda vez que genera no poca inseguridad jurídica la propia norma que debería contribuir al efecto contrario, amén de apoyarse esta aspiración en criterios de equidad y de justicia material.

## **2.2.- El plazo de protección de los derechos patrimoniales y régimen de cómputo.**

### **2.2.1.- Antecedentes y marco normativo.**

El punto de partida lo constituye la Convención de Roma de 1961, al establecer en su art. 14<sup>737</sup> que la duración de los derechos reconocidos en dicho instrumento a los artistas no podrá ser inferior a veinte años, computados, en el caso de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma, a partir del final del año de fijación, o, en el resto de supuestos, a partir del final del año en que se realizó la actuación.

A este respecto es necesario recordar que la protección mínima dispensada por dicha Convención a los artistas viene dada por el elenco de derechos exclusivos previstos en su art. 7.1, así como el derecho de remuneración previsto en su art. 12. Tales son los derechos cuya duración mínima se establece en veinte años. Ahora bien, este último (el de remuneración) está exclusivamente referido a las interpretaciones y ejecuciones fijadas en un fonograma publicado

---

<sup>737</sup> La duración de la protección concedida en virtud de la presente Convención no podrá ser inferior a veinte años, contados a partir: a) del final del año de fijación, en lo que se refiere a los fonogramas y a las interpretaciones o ejecuciones grabadas en ellos; b) del final del año en que se haya realizado la actuación, en lo que se refiere a las interpretaciones o ejecuciones que no estén grabadas en un fonograma, c) del final del año en que se haya realizado la emisión, en lo que se refiere a las emisiones de radiodifusión.

con fines comerciales, mientras que los exclusivos del art. 7.1 no son de aplicación una vez el artista haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual (art. 19) -disposición ésta cuyo sentido y alcance será objeto de análisis más adelante<sup>738</sup>. De ello se deduce, en primer lugar, que los únicos derechos de los que disfruta el actor conforme a la Convención de Roma están referidos única y exclusivamente a sus interpretaciones en vivo, o fijadas en una grabación audiovisual sin su consentimiento; y, en segundo lugar, que la duración mínima prevista para tales derechos se computará a partir del final del año en que se realizó la actuación.

En cualquier caso, el plazo señalado en Roma tenía un carácter mínimo, dejando así margen a los Estados Contratantes que desearan reconocer, en sus legislaciones nacionales, un plazo más amplio, tal cual vinieron haciendo la mayor parte de los países de nuestro entorno<sup>739</sup>.

El legislador español, por su parte, no permaneció ajeno a dicha corriente, y cuatro años antes de que nuestro país ratificara la Convención de Roma<sup>740</sup>, estableció en el art. 106 de la LPI de 1987 un plazo de protección para los derechos de los artistas de cuarenta años, *contados desde el primero de enero del siguiente año al de publicación de la fijación o al de la interpretación o ejecución, si no hubiera ocurrido dicha publicación*.

Así las cosas, y como quiera que, disparidades legislativas aparte, el plazo de protección de los derechos reconocidos a los artistas en gran parte de los Estados miembros de la UE resultaba manifiestamente insuficiente, el legislador comunitario aprovechó el proceso general armonizador emprendido en esta materia a partir de 1992<sup>741</sup> para incrementar dicho plazo hasta los cincuenta años -así, en la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993<sup>742</sup>, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, cuyo art. 3.1 dispone que *los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes expirarán cincuenta años después de la fecha de la representación o de la ejecución, no obstante lo cual, si se publica lícitamente o se comunica lícitamente al público, dentro de dicho período, una grabación de la representación o ejecución, los derechos expirarán cincuenta años después*

---

<sup>738</sup> Vid. Epígrafe 4.2 del Capítulo X.

<sup>739</sup> Así, por ejemplo, en Francia el art. 30 de la Ley de 3 de julio de 1985 introdujo un plazo de protección de 50 años para los derechos de los artistas; en Alemania, la ley de 7 de marzo de 1990 incrementó hasta los 50 años el plazo inicialmente previsto de 25 años en el art. 82 de la Ley de 7 de septiembre de 1965; en Portugal el plazo previsto por el art. 183 del Código de Derechos de Autor y Derechos Conexos de 17 de septiembre de 1985 era de 40 años, ampliado a 50 años por la Ley de 3 de septiembre de 1991.

<sup>740</sup> Mediante instrumento de 14 de agosto de 1991.

<sup>741</sup> Vid. Epígrafe 3 del Capítulo X.

<sup>742</sup> Codificada en la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

*de la fecha de dicha primera publicación o de dicha primera comunicación al público, cualquiera que sea la primera de ellas.*

Esta disposición fue incorporada en nuestro ordenamiento mediante la hoy derogada Ley 27/1995, de 11 de octubre, elevando hasta los cincuenta años el plazo de protección anteriormente previsto de cuarenta en el precitado art. 106 LPI -que es el que actualmente prevé, para las interpretaciones audiovisuales, el vigente art. 112 TRLPI, en los términos que se expondrán más adelante.

Tendencia alcista, en definitiva, que consagró el WPPT de 1996<sup>743</sup>, al disponer su art. 17.1 que *la duración de la protección concedida a los artistas intérpretes o ejecutantes en virtud del presente Tratado no podrá ser inferior a 50 años, contados a partir del final del año en el que la interpretación o ejecución fue fijada en un fonograma*. Como en Roma, el plazo fijado por el WPPT tiene carácter de mínimos, circunstancia ésta que sin embargo, y con la excepción destacada de la UE y sus Estados miembros, no han aprovechado el resto de legisladores para aumentarlo, disminuyendo así la distancia con el plazo de protección previsto para los derechos patrimoniales del autor<sup>744</sup>.

Efectivamente, tal y como advertíamos *ut supra*, la UE decidió en 2011 ampliar el plazo de protección de los derechos patrimoniales reconocidos a los artistas, pero única y exclusivamente sobre sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas publicados o comunicados al público -es decir, las interpretaciones audiovisuales quedan excluidas de este nuevo régimen, y ello a pesar de que la motivación expresada por el legislador europeo para la adopción de esta nueva Directiva (la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011) es igualmente aplicable a todos los artistas<sup>745</sup>, así como de la opinión

---

<sup>743</sup> Vid. Epígrafe 14.4 del Capítulo XI.

<sup>744</sup> Fuera de la Unión Europea, y por lo que se refiere a derechos patrimoniales del artista, hay ejemplos de plazos superiores a los mínimos convencionales de 1996, tales son los casos, por ejemplo de Brasil (cuya Ley 9.610, de 19 de septiembre de 1998, prevé en su art. 96 un plazo de protección de 70 años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a la actuación o comunicación pública); Venezuela (cuya Ley sobre Derecho de Autor de 1993 establece un plazo de protección de los derechos del artista de 60 años, contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de la actuación no fijada o desde la publicación de la actuación grabada); y Perú (que en el artículo 135 de la Ley de 23 de abril de 1996 prevé un plazo de protección idéntico al previsto para el autor, esto es, toda la vida del artista y 70 años *post mortem*, constituyendo así un ejemplo de equiparación artista-autor en cuanto al plazo de protección se refiere) – si bien cumple advertir que de estos tres países únicamente Perú se ha adherido al WPPT, haciéndolo, además, 6 años después (el 18 de abril de 2002) de la referida reforma legislativa.

<sup>745</sup> Así, el Considerando 4 de esta nueva Directiva destaca *la importancia que socialmente se atribuye a la contribución creativa de los artistas intérpretes o ejecutantes*, y afirma que esta *debe reflejarse en un nivel de protección que reconozca esa contribución creativa y artística*. Entendemos que ello debería ser con independencia del soporte o medio que incorpore la interpretación o ejecución, salvo que el legislador estime que dicha contribución será más o menos *creativa* en función de si queda fijada en un fonograma o en una grabación audiovisual. Por su parte, el Considerando 5 nos dice que *los artistas intérpretes o ejecutantes comienzan, en general, su carrera profesional jóvenes, y el actual plazo de cincuenta años de protección aplicable a la grabación de las interpretaciones o ejecuciones a menudo no protege tales interpretaciones o ejecuciones durante todo el periodo de vida del artista. Esto hace que, al final de sus vidas, algunos artistas intérpretes o ejecutantes se enfrenten a una pérdida de ingresos. Además, con frecuencia, los artistas intérpretes o ejecutantes no pueden*

negativa expresada en su día a este respecto por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo<sup>746</sup>. Fruto de ello, así como de las críticas igualmente expresadas por diversos representantes de los actores durante la tramitación de la Directiva, fue la inclusión de una disposición (el art. 3.2) del siguiente tenor: *a más tardar el 1 de enero de 2012, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe de evaluación de la posible necesidad de ampliar el plazo de protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores pertenecientes al sector audiovisual. Si procede, la Comisión presentará una propuesta para una nueva modificación de la Directiva 2006/116/CE*. Pese a la claridad y contundencia de esta disposición, en la actualidad<sup>747</sup> la Comisión Europea continúa sin presentar informe de evaluación o propuesta alguna.

Por último, y especialmente referido a las interpretaciones audiovisuales, el Tratado de Beijing de 2012 acoge una solución idéntica a la del WPPT -y a la de la precitada Directiva de 1993-, disponiendo a tal efecto su art. 14 que *la duración de la protección que se conceda a los artistas intérpretes o ejecutantes en virtud del presente Tratado no podrá ser inferior a 50 años, contados a partir del final del año en el que la interpretación o ejecución fue fijada*.

Sentados y consabidos los citados antecedentes, el vigente plazo de protección de los derechos de explotación reconocidos en España a los artistas sobre sus interpretaciones audiovisuales se encuentra regulado en el art. 112 TRLPI<sup>748</sup>, a cuya virtud tales derechos *tendrán una duración de cincuenta años, computados, con carácter general, a partir del día 1 de enero del año siguiente al de la interpretación*, salvo que durante dicho periodo se publique o comunique lícitamente al público una grabación de la interpretación, en cuyo caso el cómputo de dicho plazo será *a partir del día 1 de enero del año siguiente al de la primera publicación o comunicación pública*, si ésta es anterior.

---

valerse del derecho a impedir o restringir un uso impropio de sus interpretaciones o ejecuciones que pueda producirse a lo largo de su vida. De nuevo, me pregunto qué parte de este Considerando no refleja la realidad de aquellos artistas que fijan sus interpretaciones en una grabación audiovisual – quizás el legislador europeo entendía que o bien comenzaban a trabajar más tarde en sus vidas, o que estas duraban menos.

<sup>746</sup> Tal y como consta en el primer borrador de informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea [procedimiento 2008/0157(COD), de 22 de octubre de 2010], *la discriminación entre los artistas musicales es totalmente inaceptable puesto que la Directiva 93/98/CEE, cuya versión codificada es la Directiva 2006/116/CE, no establece discriminación alguna entre artistas, de tal manera que establecer distintos regímenes para la misma categoría de titulares supondría discriminatorio conforme a la legislación europea y en contra del trato nacional. Más aún, no hay razón alguna para dicha discriminación* (pág. 7).

<sup>747</sup> Septiembre de 2015.

<sup>748</sup> Los derechos de explotación reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán una duración de cincuenta años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la interpretación o ejecución.

No obstante, si, dentro de dicho periodo, se publica o se comunica lícitamente al público, por un medio distinto al fonograma, una grabación de la interpretación o ejecución, los mencionados derechos expirarán a los cincuenta años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de la primera publicación o la primera comunicación pública, si ésta es anterior.

Si la publicación o comunicación pública de la grabación de la interpretación o ejecución se produjera en un fonograma, los mencionados derechos expirarán a los setenta años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha la primera publicación o la primera comunicación pública, si ésta es anterior.

### 2.2.2.- El plazo de protección.

Tal y como acabamos de decir, el vigente plazo de protección de los derechos patrimoniales de los artistas sobre sus interpretaciones audiovisuales se recoge en el art.112 TRLPI, que dispone una duración de cincuenta años computados a partir del día 1 de enero del año siguiente a la fecha de la primera publicación o de la primera comunicación lícita al público (el que sea anterior) de la grabación audiovisual en que la actuación haya sido fijada. En cualquier otro caso, con la única salvedad de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma, el cómputo del plazo será a partir del 1 de enero del año siguiente al de la realización de la actuación.

La salvedad de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma viene dada por la incorporación de la precitada Directiva de 2011 en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 21/1014, de 4 de noviembre, en la medida en que ésta vino a establecer en el art. 112 TRLPI un distinto plazo de protección de los derechos patrimoniales del artista en función del soporte que incorpore sus actuaciones fijadas.

Efectivamente, los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma gozan de un plazo de protección de setenta años, esto es, veinte años superior al plazo del que disfrutaban los artistas sobre sus interpretaciones fijadas en una grabación audiovisual. Este trato injustificado y, por qué no decirlo, discriminatorio, trae causa, como hemos dicho *ut supra*, en la Directiva de 2011, la cual fue impulsada, y esto no es ningún secreto, por la industria fonográfica internacional (representada por la IFPI) ante la inminente entrada de sus “joyas” en el dominio público<sup>749</sup>. Lógicamente el legislador europeo no iba a hacerse eco de semejante argumento, y optó por motivar la norma sobre la base de la mayor esperanza de vida de los artistas, y de la precaria condición socio-económica en la que se encuentran durante su madurez. Argumentos éstos que resultan, cuando menos, igualmente predicables con respecto a los actores, y pese a ello quedaron excluidos del nuevo régimen.

Pero más chocante aún, si cabe, que la discriminación sentada, es el hecho absurdo de que los derechos patrimoniales de un mismo artista, sobre una misma interpretación (v.gr., una ópera), tendrán una distinta duración cuando su explotación se produce en un fonograma o en una grabación audiovisual.

---

<sup>749</sup> No en vano los años 1960 fueron testigos de una intensa actividad discográfica, incluyendo grandes éxitos cuya explotación hoy día es capaz de generar grandes ingresos a sus derechohabientes. Así, los Beatles, los Rolling Stones, Led Zeppelin, etc.



Así, al agravio que tradicionalmente han sufrido los artistas frente a los autores (los derechos patrimoniales de estos últimos duran toda su vida, más setenta años adicionales *post mortem*), se añade ahora uno nuevo para los actores, único colectivo de artistas que no tiene garantizado el disfrute de sus derechos patrimoniales durante al menos toda su vida -y ello en la medida en que si bien los músicos tampoco disfrutaban de semejante “garantía” legal, lo cierto es que el vigente plazo de setenta años que les reconoce el art. 112 TRLPI cubrirá en no pocos casos toda la vida del propio artista, más algún año adicional en beneficio de sus derechohabientes.

### **2.2.3.- Derechos patrimoniales concernidos por el plazo de protección del art. 112 TRLPI.**

El art. 112 TRLPI alude a los derechos de explotación del artista intérprete o ejecutante, de donde se sigue que los derechos patrimoniales concernidos por el plazo de protección previsto en dicho precepto son tanto los de carácter exclusivo como los de remuneración<sup>750</sup>.

Por lo tanto, tales derechos son, en primer lugar, los exclusivos referidos en los arts. 107, 108 y 109 TRLPI, esto es, los derechos exclusivos de autorizar la reproducción, distribución, comunicación pública y puesta a disposición, sin comprender el derecho de fijación del art. 106. A este respecto, RODRÍGUEZ TAPIA<sup>751</sup> entiende, y nosotros compartimos, que “cabría pensar que para el derecho de fijación carece de sentido ser sometido a un plazo porque se produce y se agota, de forma instantánea, en el momento de la actuación: o se graba o no se graba y dicha autorización o prohibición se termina ahí. Lo que podrá hacer el artista durante cincuenta años es prohibir que se reproduzca, comunique o distribuya la grabación lícita o ilícita de su actuación”.

Y, en segundo lugar, están igualmente incluidos en el ámbito del art. 112 TRLPI los derechos de remuneración por la comunicación pública, la puesta a disposición y el alquiler, previstos respectivamente en los arts. 108.5, 108.3, y 109.3 TRLPI.

Por su parte, la duración del derecho a una compensación equitativa por la copia privada previsto en el art. 25 TRLPI, pese a no ser un derecho de explotación, ha de coincidir necesariamente con la duración del derecho exclusivo de reproducción reconocido al artista en el art. 107 TRLPI. Ello es así porque el límite del que trae causa aquella compensación, previsto en el art. 31 TRLPI,

---

<sup>750</sup> Recuérdese que los derechos patrimoniales del artista se clasifican en dos categorías: los derechos compensatorios y los derechos de explotación, y esta última categoría (la aludida por el art. 112 TRLPI), está conformada por derechos exclusivos y de remuneración.

<sup>751</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, óp. cit., 1997, pág. 439.

únicamente es aplicable al derecho que aún no ha expirado. Precisamente en atención a esta circunstancia es por lo que entendemos que resulta más preciso referirnos, en este capítulo, a los derechos patrimoniales del artista, categoría que incluye tanto a los derechos de explotación como a los derechos compensatorios.

En todo caso, y cambiando de tercio, en relación con la naturaleza del plazo de protección de cincuenta años de los derechos patrimoniales del artista, CABANILLAS SÁNCHEZ entiende que “no se trata de un plazo de prescripción de tales derechos, que pueda ser interrumpido, sino más bien de caducidad, por lo que puede ser tenuta en cuenta de oficio por el órgano jurisdiccional, aunque no haya sido alegada en ningún momento por cualquiera de los interesados”<sup>752</sup>.

Para terminar, es preciso indicar que la extinción de los derechos patrimoniales del artista determinaría la aplicación, con carácter subsidiario, del art. 41 TRLPI -aunque éste no se encuentra dentro del ámbito de remisión definido por el art. 132 TRLPI- al declarar la aplicación subsidiaria de determinadas disposiciones del Libro I del mismo texto legal. Por tanto, y como también indica CABANILLAS SÁNCHEZ, “la extinción de los derechos de explotación de las obras [en nuestro caso, de las interpretaciones] determinará su paso al dominio público”<sup>753</sup>. Y si ese es el régimen de las interpretaciones en dominio público, también lo será el previsto en el segundo párrafo del art. 41 TRLPI, al determinar que las obras que se encuentren en el dominio público pueden ser utilizadas por cualquiera siempre y cuando se respeten los derechos morales previstos en los apartados 3º y 4º del art. 14 TRLPI. De lo que se debe seguir que, en el caso que nos ocupa, la salvaguarda que prevé el segundo párrafo del art. 41 TRLPI ha entenderse en relación con las facultades morales que sobre las actuaciones o interpretaciones artísticas establece el art. 113 TRLPI, y no en el sentido literal y restrictivo de las facultades que el art. 14 TRLPI atribuye al autor -motivo éste que justifica, además y junto con los ya mencionados, la necesaria igualdad de plazos de protección.

#### **2.2.4.- Régimen de cómputo de plazos: el *dies a quo*.**

Determinado, pues, el plazo o periodo de protección o duración de los derechos patrimoniales reconocidos al artista sobre sus interpretaciones audiovisuales, cumple analizar ahora el régimen para su cómputo.

---

<sup>752</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, óp. cit., pág. 1597. También SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, en la 3ª ed. de la misma obra, pág. 1511.

<sup>753</sup> *Ibid.*

De conformidad con el art. 8 de la Directiva 93/98/CEE (y de su versión codificada de 2006), dicho plazo se *calculará a partir del 1 de enero del año siguiente al de su hecho generador*; y el hecho generador que determina el *dies a quo* depende, a su vez, de si la interpretación ha sido publicada o comunicada lícitamente al público a partir de una grabación audiovisual o no.

Así, cuando la interpretación fijada se incorpora en una grabación audiovisual, establece el art. 112 TRLPI (de conformidad con los arts. 3.1 y 8 de la precitada Directiva), que el hecho generador vendrá dado por la publicación de dicha grabación, o por su comunicación lícita al público si ésta es anterior (a la publicación). Y, con respecto a las interpretaciones no fijadas (en vivo), el hecho generador será, precisamente, la realización de la interpretación.

De ello se sigue que la publicación o comunicación pública debe realizarse dentro del primer plazo de cincuenta años, lo que pudiera entenderse como una posibilidad de ampliar el plazo de protección de tales derechos -por ejemplo, cuando transcurren varios años entre la fijación de la interpretación (esto es, desde que la interpretación tiene lugar) y su publicación o comunicación al público. Sin embargo, no se trata más que de una excepción al régimen general, apoyada en estrictas razones de coherencia y no de generosa concesión, ya que durante el tiempo en que la grabación de una actuación no es publicada ni explotada, tampoco puede el artista ejercitar los derechos de explotación afectos al plazo de protección general de cincuenta años fijado para el ejercicio de sus derechos patrimoniales<sup>754</sup>. No obstante, aun con carácter residual, consideramos acertada esa previsión dado que, por imperativos del mercado, cada vez es más elevado el porcentaje de obras, por ejemplo audiovisuales, que no son explotadas en la época en que finalizó su producción.

En suma, el art. 112 TRLPI establece tres sistemas excluyentes para determinar el *dies a quo* del cómputo del citado plazo, a saber:

- a) El 1 de enero del año siguiente a la publicación de la interpretación fijada;

---

<sup>754</sup> A este respecto RODRÍGUEZ TAPIA considera que con la posibilidad de éste segundo cómputo “se pretende que el plazo de los artistas grabados (grabación parece un concepto semejante al de fijación, empleado por el artículo 106) no sea inferior al de los productores audiovisuales o fonográficos que pudieran tener sus derechos vecinos desde la grabación del fonograma o de su divulgación lícita (artículo 119) o desde la realización de la grabación audiovisual o de su divulgación lícita (artículo 125)”. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 439.

- b) Si la interpretación fijada ha sido comunicada lícitamente al público con anterioridad a su publicación, o si aquella no ha sido publicada, el 1 de enero del año siguiente al de tal comunicación; y
- c) Si no existe publicación o comunicación al público, el día inicial del cómputo del plazo será el 1 de enero del año siguiente a aquél en que se efectuó la interpretación.

El *dies a quo*, por consiguiente, llamado siempre a generar seguridad jurídica, en estos casos, la alcanzará de manera relativa, al tiempo que por esta vía del plazo inicial se introducen mayores desigualdades de trato que no hacen sino añadir argumentos a la legítima reivindicación de un tratamiento temporal coherente, fundado e igualitario, que desde antiguo vienen articulando los actores y demás artistas del ámbito audiovisual, fundamentalmente un trato igualitario respecto de los co-autores de las obras audiovisuales.

### **2.3.- Críticas al sistema vigente.**

La primera y más general crítica al actual sistema de plazos de protección previsto en las legislaciones nacionales (TRLPI incluido), regionales e internacionales, viene dada por la evidente y exagerada desproporción entre el trato que aquéllas dispensan a autores y artistas. Crítica que ya hemos apuntado anteriormente, y que ahora desarrollamos.

Y es que carece de todo sentido fijar diferentes plazos de protección para las distintas categorías de titulares que intervienen en una obra (*v.gr.*, audiovisual o cinematográfica), de modo que para los considerados nominalmente autores (guionista, director y compositor de la música) el plazo no sólo es superior, sino que su cómputo se efectúa *post mortem*, en tanto que para los artistas, el plazo es inferior y se computa a partir del uno de enero del siguiente año al de la fijación de la interpretación o desde la publicación o comunicación lícita al público de tal fijación. Dicho régimen determina inseguridad jurídica para el usuario de las creaciones, y una situación injusta en perjuicio de los artistas. La ausencia de mención explícita en cualesquiera norma sobre el fundamento de un régimen desigual no hace sino poner de manifiesto, precisamente, la falta de justificación jurídica del mismo.

Este trato desigual da lugar a que, sobre una misma obra, permanezcan vigentes los derechos de propiedad intelectual del autor, cuando se hayan extinguido ya los derechos de los artistas. Los herederos del autor seguirían beneficiándose de estos derechos cuando ya hubieran dejado de

hacerlo los herederos de los artistas intérpretes participantes en la obra, en el caso de que estos últimos hubiesen llegado a disfrutar de ellos en algún momento. La situación es aún más llamativa en los supuestos en que las cualidades de autor y actor coinciden en la misma persona, como en muchas obras musicales audiovisuales (Robert Redford, Marlon Brando, Clint Eastwood o Antonio Banderas), de manera que a partir de un determinado momento el titular de los derechos sólo continuaría siéndolo en virtud de una de sus condiciones: la de autor.

En definitiva, constituye un punto de partida desafortunado la discriminación de regímenes de temporalidad aplicables a los titulares de derechos afines respecto del consagrado a favor de los derechos reconocidos en el Libro I de nuestra ley a los autores, probablemente y por lo que a artistas se refiere, por tratarse de creadores cuya jerarquía real exige tratamiento también similar, debido, tal vez y a mayor gravedad, a la deficiente regulación sustantiva que sus derechos también reciben del legislador en contraposición al nivel de protección que reciben los derechos atribuidos a los nominalmente considerados autores.

A dicha crítica añadimos otra, que trae causa de la reciente incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. Y es que, como hemos dicho *ut supra*, y a ello nos remitimos ahora, el efecto inmediato de dicha norma comunitaria ha sido el de introducir en el vigente art. 112 TRLPI un distinto plazo de protección de los derechos patrimoniales del artista en función de la naturaleza, sonora o audiovisual, del soporte en el que aquél fija su actuación.

## **2.4.- Conclusiones: de *lege ferenda*.**

- 1ª.- Los derechos afines se han aprovechado de la tendencia general de elevar los plazos de duración de los derechos tradicionalmente atribuidos al autor, si bien aún persiste un tratamiento desigual entre ambos regímenes carente de toda razón de ser práctica y fundamentación jurídica.
- 2ª.- Las diferencias de trato temporal que median entre los derechos atribuidos al autor y los derechos afines o conexos van más allá de la extensión del plazo objetivo de protección y afectan al *dies a quo*, de modo que sólo el autor se beneficia de una protección vitalicia y sus herederos de un periodo amplio de 70 años tras la muerte del autor, dando lugar a

situaciones de absoluta inseguridad jurídica respecto de la protección que ampara a una misma obra y a una situación injusta, cuando menos.

- 3ª.- Respecto de los plazos de protección de los derechos atribuidos a los artistas, también se observan incoherencias y discriminación en el distinto plazo reconocido a los artistas en función del soporte en el que fijen su interpretación -siendo más amplio en el caso de que aquél sea sonoro (fonogramas).
- 4ª.- A la luz de cuanto antecede, se hace de todo punto necesario proceder en el ámbito legislativo, a una unificación de los plazos de protección de los diversos derechos de propiedad intelectual y, con carácter urgente, respecto de todos los creadores o titulares originarios que intervienen en una misma creación intelectual.

### **3.- PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES PARA QUE EL TITULAR RECLAME LOS DERECHOS RECAUDADOS POR LA ENTIDAD DE GESTIÓN COLECTIVA.**

#### **3.1.- Antecedentes.**

Una cosa son los plazos de protección de los derechos patrimoniales sobre la obra o interpretación, que cada norma fija para delimitar el periodo de tiempo durante el cual los derechos sobre una creación pueden desplegar sus efectos y contenido para generar rendimientos económicos a favor de su titular, además de ostentar por dicho tiempo otras facultades (autorizar o prohibir), esto es, los plazos de protección que acabamos de estudiar; y otra cosa bien distinta, y de especial significación en el ámbito de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual es que, una vez recaudados (dentro de su plazo legal de protección) los rendimientos de tales derechos por una entidad de gestión legitimada al efecto, se abre un nuevo periodo para que el titular pueda hacer suyos los rendimientos de los derechos mencionados.

En el primer caso hablamos de la duración de los derechos propiamente dicha, límite oponible frente al usuario de las creaciones, y en el segundo de los plazos de prescripción de las acciones que el legítimo titular ostenta frente a la entidad que recaudó su derecho, por imperativo legal y en su nombre, por el título habilitante que fuere. Ahora bien, realizada esta advertencia, cumple

no obstante abordar, siquiera brevemente, el régimen de prescripción de tales acciones, en la medida en que afecta a la vida temporal del derecho o, cuando menos, a su efectividad y rendimientos económicos, en cuanto que contenido esencial.

A este respecto, y como quiera que hasta su reforma por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, el TRLPI guardaba silencio al respecto<sup>755</sup>, los plazos de prescripción de los derechos colectivamente recaudados han sido tradicionalmente fijados por cada entidad de gestión en sus estatutos, de tal suerte que hasta la entrada en vigor del actual art. 154, apartados 3 y 4, TRLPI<sup>756</sup>, las entidades españolas disponían de cierto margen de libertad para fijar sus respectivos plazos de prescripción, aplicables a las cantidades colectivamente recaudadas por cada una de ellas.

Ello no significaba, empero, que aquéllas gozaran de una libertad absoluta a dicho respecto, toda vez que en todo caso, y con independencia del plazo o plazos escogidos, los mismos debían hallar fundamento y sustento jurídico suficiente a la luz del propio Código civil, en cuanto que norma sustantiva y común que regula el régimen de prescripción de las acciones en sus arts. 1.961 y siguientes. Dicho lo cual, entendemos que para sus miembros, que se presume conocen y aceptan sus estatutos sociales, no se exigía más requisito que el de la prudencia y el de evitar una indefensión *de facto* por la escasez de tiempo para hacer efectivo su derecho frente a la entidad correspondiente, una vez recaudado por ésta. Pero en relación con titulares legítimos que aún no eran miembros de la entidad de gestión, o que no hubieran sido identificados por aquélla, el plazo no debía ser otro que el más generoso y general de quince años previsto en el art. 1.964 Cc. para las acciones personales que no tengan señalado término especial. De otro modo, los plazos de prescripción de los derechos recaudados, si eran excesivamente reducidos, podrían operar a modo de incentivo para que las entidades de gestión no desarrollen los esfuerzos oportunos en la búsqueda de los legítimos titulares de los derechos recaudados y desvirtuar por esta vía la esencia y fundamento de la gestión colectiva.

---

<sup>755</sup> Excepción hecha del plazo de prescripción de los derechos recaudados por la retransmisión por cable, cuyo régimen viene determinado por el art. 20.4.c), párrafo tercero, *in fine*, TRLPI – *los titulares (...) podrán reclamar a la entidad de gestión (...) sus derechos dentro de los tres años contados a partir de la fecha en que se retransmitió por cable la obra protegida*; plazo de prescripción establecido con carácter de mínimo por la norma de la que trae causa ese precepto, esto es, el art. 9.2 de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993. Este era, en definitiva y hasta la reciente reforma del TRLPI (mediante Ley 21/2014), el único supuesto donde el plazo de prescripción de los derechos recaudados era fijado en una norma positiva.

<sup>756</sup> Conforme a la Disposición final quinta, apartado d), de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, las disposiciones de los nuevos apartados 3 y 4 del art. 154 TRLPI *serán aplicable a las cantidades recaudadas por las entidades de gestión a partir del 1 de enero del año natural siguiente a la publicación de la presente ley en el “Boletín Oficial del Estado”, con independencia de su devengo*. Y, como quiera que la citada Ley 21/2014 fue publicada en el BOE núm. 268, de 5 de noviembre de 2014, el régimen previsto en el vigente art. 154, apartados 3 y 4, TRLPI es de aplicación a cualesquiera cantidades recaudadas o ingresadas por las entidades de gestión colectiva a partir del 1 de enero de 2015, con independencia de la fecha de su devengo.

Así y todo, el silencio del TRLPI fue suplido, con suerte dispar, por los estatutos de las respectivas entidades de gestión<sup>757</sup> autorizadas en España. Efectivamente, y con la excepción del derecho de distribución por cable cuyo plazo de tres años esta previsto en el art. 20.4.c) TRLPI, podemos apuntar los siguiente supuestos anteriores a la entrada en vigor del actual art. 154.3 TRLPI: AISGE tenía fijados en el art. 97 de sus anteriores Estatutos sociales dos periodos de prescripción, uno de cinco años para los socios o miembros de la entidad, y otro de quince años para los titulares que no se encontraran afiliados a la entidad o que no hubieran podido ser identificados, en ambos casos computados desde 1 de enero del año siguiente al que tuvo lugar el reparto del derecho concernido. Todo ello al amparo del art. 1964 Cc de aplicación común y subsidiaria, y en relación a los rendimientos generados y recaudados colectivamente por AISGE en nombre y representación de los actores, bailarines, dobladores y directores de escena por la utilización o explotación de sus interpretaciones o fijaciones audiovisuales.

### **3.2.- El régimen legal impuesto por la Ley 21/2014.**

Con objeto de subsanar las principales deficiencias identificadas en el funcionamiento del sistema de gestión colectiva, en atención a la experiencia acumulada, singularmente en lo referido a la eficiencia y transparencia de las propias entidades, la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el TRLPI y la Ley de Enjuiciamiento Civil, vino a instaurar, entre otras medidas, un régimen común para la prescripción de la acción de reclamación del titular frente a la entidad de gestión colectiva correspondiente -poniendo así fin a la situación de inseguridad jurídica, e incluso indefensión, descrita *ut supra*.

Efectivamente, el art. 13 de dicha ley introdujo la vigente redacción de los apartados 3 y 4 del art. 154 TRLPI, estableciendo un distinto régimen de prescripción de la citada acción en función de si los titulares han sido identificados o no en el reparto llevado a cabo por la entidad de gestión. Así, y en relación con los primeros, dispone el citado apartado 3 que *la acción para reclamar a*

---

<sup>757</sup> SGAE también contaba con dos plazos de prescripción a contar desde la fecha del reparto: cinco años para derechos repartidos cuyos titulares no hubieran sido identificados, y quince para los derechos repartidos pero no reclamados por los titulares identificados – así, en el art. 79 de sus Estatutos sociales, apartados f) y g) respectivamente; CEDRO se limitaba a establecer una remisión genérica a los plazos de prescripción previstos en la Ley (art. 50, apartados 5 y 6, de sus Estatutos sociales), se entiende que al Código Civil; EGEDA, por su parte, establecía un plazo, en nuestra opinión excesivamente reducido y rayando la indefensión del legítimo titular del derecho, de tres años a contar desde el uno de enero siguiente al ejercicio en que se devengaba el derecho, pudiendo disponer la entidad a los dos años incluso del 25% de tales derechos no reclamados para financiar la lucha contra el fraude (art. 54, apartados 6 y 7 de sus Estatutos sociales); AIE tenía igualmente establecido (art. 55.3 de sus Estatutos sociales) un breve plazo de prescripción, de cinco años por remisión al art. 1.966.3ª Cc – remisión legal no del todo justificada y, en todo caso, determinante de un plazo excesivamente breve si se considera la dificultad que pesa sobre el colectivo de artistas para tener conocimiento tanto de la existencia de una determinada entidad de gestión como de que la misma le ha recaudado en su nombre un determinado derecho; y DAMA, con buen criterio, establecía (art. 46 de sus Estatutos sociales) un plazo general de prescripción de quince años desde que se realizara el reparto.



*las entidades de gestión el pago de cantidades asignadas en el reparto a un titular, prescribe a los cinco años contados desde el 1 de enero del año siguiente al de la puesta a disposición del titular de las cantidades que le correspondan, fijando así un plazo de prescripción de cinco años, computados a partir del 1 de enero del año siguiente de la puesta a disposición del titular de las cantidades que le correspondan (dies a quo). Régimen éste que a nuestro entender no suscita reproche alguno, y que ya venía siendo el adoptado por determinadas entidades (v.gr., AISGE) para la prescripción de la acción de reclamación por parte de sus miembros.*

Ahora bien, en relación con los titulares no identificados en el reparto dispone el art. 154.4 TRLPI que *la acción para reclamar a las entidades de gestión el pago de cantidades recaudadas que estén pendientes de asignación cuando, tras el procedimiento de reparto, no hayan sido identificados el titular o la obra o prestación protegida prescribe a los cinco años contados desde el 1 de enero del año siguiente al de su recaudación.* Esta disposición sí nos suscita alguna duda que otra, tanto por la brevedad del plazo previsto, como por el *dies a quo* establecido. Así, y en primer lugar, la mayor parte de los titulares no identificados en el reparto suelen ser aquéllos que no guardan vínculo alguno con la entidad (por no estar afiliados a la misma, ni a ninguna otra con la que aquélla tenga suscrito algún convenio de los denominados “de reciprocidad”), los cuales, muy probablemente, desconozcan, no ya que ostenten un crédito frente a la entidad, sino la existencia misma de la propia entidad. Esta situación, como decíamos *ut supra* en relación con el plazo de quince años establecido por determinadas entidades (v.gr., AISGE, DAMA), aconsejaba haber adoptado un plazo más generoso, como por ejemplo el previsto en el art. 1.964 Cc para las acciones personales que no tengan señalado término especial -precisamente, quince años.

La segunda crítica que nos merece el régimen fijado por el art. 154.4 TRLPI viene dada por el *dies a quo*, que al tomar como referencia la fecha de recaudación generará un cierto grado de inseguridad jurídica, e incluso indefensión, para el titular que desconoce tal fecha -tal y como se ha dicho, el titular no identificado seguramente incluso desconozca la existencia del crédito o de la entidad.

Quizás haya estimado nuestro legislador, al introducir el régimen previsto en el art. 154.4 TRLPI, que las medidas establecidas a renglón seguido<sup>758</sup>, *-para identificar y localizar a los titulares de*

---

<sup>758</sup> *En el procedimiento de reparto, las entidades de gestión adoptarán las medidas necesarias para identificar y localizar a los titulares de derechos. En particular, estas medidas incluirán:*

*a) La verificación de datos de registro actualizado de los miembros de la entidad, así como de registros normalizados de obras y prestaciones protegidas, y de otros registros fácilmente disponibles.*

*derechos*- son suficientes para suplir las carencias indicadas. Nosotros, sin embargo, permanecemos escépticos a este respecto, al menos en la medida en la que no se imponga a los usuarios de las obras y prestaciones protegidas una correlativa obligación de información a favor de las entidades de gestión de las que aquéllos son deudores, facilitando con ello un reparto lo más exacto posible.

A este respecto cumple recordar que la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre gestión colectiva de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor y licencias multiterritoriales de derechos en obras musicales para usos en línea en el mercado interior, establece en su art. 13.4<sup>759</sup> un plazo de prescripción más reducido aún (de tres años), con un *dies a quo* idéntico al que contempla el vigente art. 154.4 TRLPI, todo ello sujeto a que la entidad de gestión haya adoptado todas una serie de medidas, supuestamente *necesarias para identificar y localizar a los titulares de derechos* -las previstas en el art. 13.3<sup>760</sup> de la Directiva de manera muy similar a las previstas en el art. 154.4 TRLPI.

Por lo tanto, si antes criticábamos el plazo de cinco años previsto en el art. 154.4 TRLPI para la prescripción de la acción de reclamación por parte de los titulares no identificados en el reparto, nos resulta aún más criticable, por los mismos motivos, el plazo de tres años establecido en la precitada Directiva.

### **3.3.- El destino de las cantidades prescritas.**

Sentado cuanto antecede en relación con los plazos de prescripción de la acción de reclamación del titular frente a la entidad de gestión que haya recaudado alguna cantidad en representación suya, cumple ahora abordar el destino que las entidades de gestión deben dar a las cantidades

---

b) La puesta a disposición de los miembros, de otras entidades de gestión y del público de un listado de obras y prestaciones cuyos titulares de derechos no hayan sido identificados o localizados, conjuntamente con cualquier otra información pertinente disponible que pueda contribuir a identificar o localizar al titular del derecho, en los términos del apartado 4.º del artículo 157.1.d).

<sup>759</sup> Cuando los importes correspondientes a los titulares de derechos no puedan repartirse en un plazo de tres años a partir del cierre del ejercicio en el que se hayan percibido los derechos, y siempre que la entidad de gestión colectiva haya tomado todas las medidas necesarias para identificar y localizar a los titulares de derechos de acuerdo con lo indicado en el apartado 3, se considerará que estos importes no pueden ser objeto de reparto.

<sup>760</sup> Las entidades de gestión colectiva adoptarán todas las medidas necesarias (...) para identificar y localizar a los titulares de derechos. En particular, a más tardar tres meses después del vencimiento del plazo establecido en el apartado 1 [para efectuar el reparto de los derechos recaudados], la entidad de gestión colectiva pondrá información sobre las obras y otras prestaciones de las que no hayan sido identificados o localizados uno o varios de los titulares de derechos a disposición de: a) los titulares de derechos a los que represente (...) y b) todas las entidades de gestión colectiva con las que haya celebrado acuerdos de representación (...).

La entidad de gestión colectiva verificará asimismo los registros a que se refiere el artículo 6, apartado 5 [un registro actualizado de sus miembros], y cualquier otro registro fácilmente disponible. Si las medidas antes mencionadas no diesen resultados, la entidad de gestión colectiva pondrá esta información a disposición del público a más tardar un año después del vencimiento del plazo de tres meses.

“prescritas” -es decir, a las cantidades sobre las que el titular carece de acción, por haber prescrito ésta.

A este respecto, y tal como sucedía con el plazo de prescripción, y hasta la reforma operada por la Ley 21/2014, el TRLPI guardaba silencio sobre este extremo, dejando en manos de las entidades de gestión la decisión sobre el destino de tales cantidades -extremo que aquéllas tenían previsto, con mayor o menor acierto, en sus respectivos estatutos sociales. Sistema que cambia radicalmente con la entrada en vigor del actual art. 154.5 TRLPI, que si bien otorga a la Asamblea general de cada entidad de gestión la competencia exclusiva para decidir el destino de las cantidades “prescritas”, limita su capacidad de decisión al establecer, por un lado las finalidades específicas a que pueden ser destinadas tales cantidades, por el otro, el *porcentaje mínimo* de asignación a cada una de las finalidades (un 15%) -excepción hecha de la cantidad que la entidad de gestión habrá de asignar a la financiación de la ventanilla única de facturación y pago prevista en la Disposición adicional primera de la Ley 21/2014<sup>761</sup>, a cuya creación y mantenimiento vienen obligadas todas las entidades de gestión, precisamente con el fin de reducir costes de transacción.

---

<sup>761</sup> Disposición adicional primera. Medidas de reducción de los costes de transacción.

1. El Gobierno impulsará medidas para la reducción de los costes de transacción entre titulares de derechos de propiedad intelectual y los usuarios de tales derechos, tomando especialmente en consideración las posibilidades ofrecidas por los desarrollos tecnológicos, incluyendo, entre otras, medidas dirigidas a una articulación más eficiente de la interlocución entre titulares de derechos, representantes de éstos y usuarios.

2. Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual legalmente establecidas deberán crear una ventanilla única a través de la cual se centralizarán las operaciones de facturación y pago de los importes que los usuarios adeuden a las mismas, según la obligación establecida en el artículo 157.1.e) del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Las entidades de gestión dispondrán del plazo de cinco meses desde la entrada en vigor de la ley para acordar los términos de creación, financiación y mantenimiento de esta ventanilla única. A falta de acuerdo entre las entidades de gestión y dentro del término improrrogable de tres meses desde la finalización del plazo anterior, la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual podrá dictar una resolución estableciendo dichos términos, pudiendo resolver cuantas controversias puedan surgir, y establecer cuantas instrucciones sean precisas para el correcto funcionamiento de esta ventanilla única, todo ello sin perjuicio del correspondiente expediente sancionador en base al incumplimiento de la referida obligación legal.

La ventanilla será gestionada por una persona jurídica privada sin que ninguna entidad de gestión ostente capacidad para controlar la toma de decisiones.

La ventanilla deberá prestar sus servicios en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, y adecuarse a las siguientes reglas:

a) Deberá garantizarse la prestación de servicios a toda entidad de gestión legalmente establecida.

b) Deberá incorporar las tarifas generales vigentes para cada colectivo de usuarios y en relación con todas las entidades legalmente establecidas.

c) Deberá facilitar el pago de los importes de las tarifas generales que los usuarios adeuden a las entidades de gestión legalmente establecidas.

El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en sus respectivos ámbitos de competencia, velarán por el cumplimiento de lo dispuesto en este apartado, incluyendo el control de los estatutos de la persona jurídica que gestiona la ventanilla con carácter previo al inicio del funcionamiento de la misma.

El Gobierno podrá desarrollar reglamentariamente lo establecido en este apartado.

3. Las entidades de gestión, en cumplimiento de la obligación prevista en la letra d) del artículo 154.5 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, destinarán las cantidades correspondientes derivadas de dicha obligación a la financiación de la ventanilla única de facturación y pago prevista en el apartado anterior.

Así, conforme al vigente art. 154.5 TRLPI, *las cantidades recaudadas y no reclamadas por su titular en el plazo previsto en los apartados 3 y 4 de este artículo serán destinadas por las entidades de gestión a las siguientes finalidades:*

- a) A la realización de actividades asistenciales a favor de los miembros de la entidad y/o actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes y ejecutantes.*
- b) A la promoción de la oferta digital legal de las obras y prestaciones protegidas cuyos derechos gestionan, en los términos previstos en el artículo 155.1.c) 1.º y 3.º*
- c) A acrecer el reparto a favor del resto de obras gestionadas por la entidad de gestión, debidamente identificadas.*
- d) A la financiación de una ventanilla única de facturación y pago.*

Este precepto constituye un *numerus clausus*, de tal suerte que la entidad de gestión no podrá destinar cantidad alguna de las cantidades “prescritas” a una finalidad distinta de las anteriores. Por lo tanto, y considerando que la entidad de gestión está obligada a asignar a cada una de las finalidades previstas en las letras a), b) y c) arriba transcritas como mínimo un 15% de tales cantidades (sumando así un 45% de las mismas), la libertad de su Asamblea general se ve en realidad limitada a decidir sobre el destino del 55% restante que, una vez descontada la cantidad destinada a financiar la precitada ventanilla única, podrá ser asignada a cualquiera de tales finalidades.

La norma introducida a este respecto por el legislador europeo en su Directiva de 2014 nos parece más razonable, en la medida en que otorga plena libertad de decisión a la Asamblea general de la entidad de gestión para decidir el destino de tales cantidades, facultando, no obstante, a los Estados miembros para que limiten o determinen las finalidades que estimen oportunas, garantizando en todo caso que tales importes “prescritos” *se utilicen de forma separada e independiente para financiar actividades sociales, culturales y educativas en beneficio de los titulares de derechos.*

Por último, cumple advertir de una extraña y, por tanto criticable, disposición contenida en el mismo art. 155.5 TRLPI, *in fine*, y a cuya virtud, *en el caso de que las entidades de gestión presenten excedentes negativos en sus cuentas anuales o no acrediten estar al corriente de sus*

*obligaciones fiscales y de seguridad social, o ambos, deberán destinar las cantidades señaladas en el primer párrafo del presente apartado, y hasta el importe que resulte necesario, a compensar los excedentes negativos que presenten sus cuentas anuales o a cumplir con las obligaciones anteriormente citadas, o ambos.* La crítica a esta posibilidad (de destinar cantidades prescritas a cubrir *excedentes negativos*, o pérdidas), viene dada por el hecho evidente de que parece estar destinada a solventar la situación concreta de alguna entidad de gestión. Ello, sin embargo, no sólo casa mal con las férreas obligaciones que a través de la citada reforma se imponen de manera generalizada al conjunto de entidades de gestión, sino que supone un perjuicio añadido a los titulares de derechos representados por tal entidad, al menos en la medida en que, lejos de solucionar las causas que la han llevado a una situación de pérdidas (cabría preguntarse, además, cómo es eso siquiera posible para una entidad sin ánimo de lucro), hacen responsables de las mismas a quienes por ley no lo son, esto es, a los socios.

### **3.4.- Conclusiones críticas sobre el vigente régimen de prescripción de las acciones de reclamación.**

- 1ª.- Si bien la introducción de unos plazos de prescripción concretos en el TRLPI en relación con la acción de reclamación de las cantidades recaudadas por las entidades de gestión colectiva ha supuesto un claro avance frente al anterior régimen de libertad relativa de aquéllas a este respecto, la duración prevista en el vigente art. 155.4 TRLPI en relación con la acción de reclamación de los titulares no identificados en el reparto ha de ser objeto de crítica, tanto por el plazo como por el *dies a quo*.
- 2ª.- Efectivamente, y como hemos dicho, la mayor parte de los titulares no identificados en el reparto suelen ser aquéllos que no guardan vínculo alguno con la entidad correspondiente, los cuales muy probablemente desconozcan la existencia de su crédito frente a la entidad, por lo que un plazo de prescripción de cinco años nos parece especialmente breve. En este sentido entendemos que un plazo más generoso, como el previsto en el art. 1.964 Cc para las acciones personales que no tengan señalado término especial (quince años), además de evitar la posible indefensión del titular, añade un plus de garantía a la eficacia de sus derechos.
- 3ª.- El *dies a quo* fijado por el art. 154.4 TRLPI, esto es, la fecha de recaudación, tampoco nos parece adecuado, en la medida en que genera inseguridad jurídica, e incluso indefensión, para el titular que desconoce tal fecha.

## 4.- LÍMITES SUSTANTIVOS A LOS DERECHOS PATRIMONIALES SOBRE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES.

### 4.1.- Naturaleza y configuración de los límites a los derechos patrimoniales.

Tal y como hemos indicado en la introducción general a este tema, las facultades patrimoniales que integra la propiedad intelectual están sujetas a límites temporales y sustantivos que, con carácter general, y con la excepción destacada del denominado “límite de copia privada”, se justifican en la función social de aquélla. La primera de dichas limitaciones, esto es, la duración de los derechos que integran esta propiedad especial -más concretamente, los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones audiovisuales-, ya ha sido objeto de exposición, complementada, además, por el particular régimen de prescripción de las acciones del titular de los derechos para reclamar su crédito frente a las entidades de gestión colectiva. Resta ahora por analizar, en definitiva, qué límites sustantivos a la propiedad intelectual afectan a los derechos patrimoniales del artista sobre sus interpretaciones audiovisuales.

En cualquier caso, y con carácter previo al análisis específico de tales límites, cumple traer a colación diversos elementos que nos ayudarán a una mejor comprensión de la temática que pretendemos abordar a continuación. El primero de tales elementos viene dado por el hecho de que los límites que venimos denominando “sustantivos”, esto es, a las facultades propias e inherentes a los derechos patrimoniales, están referidos a los derechos del *autor* sobre la *obra*, y no a los derechos del *artista* sobre su *interpretación*. Ello es así, en primer lugar, porque su regulación se ubica en el Libro I del TRLPI, sobre *los derechos del autor*, más concretamente en el Capítulo II de su Título III (*Límites*). Ahora bien, y de manera similar o análoga a lo establecido en los arts. 15.2 de la Convención de Roma<sup>762</sup>, 16.1 del WPPT<sup>763</sup>, y 13.1 del Tratado de Beijing<sup>764</sup>, el art. 132 TRLPI (ubicado, este sí, en el Libro II TRLPI -*De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección sui generis de las bases de datos*) contiene una cláusula de remisión expresa a cuya virtud las disposiciones contenidas, entre otros, en el citado Capítulo

---

<sup>762</sup> (...) todo Estado Contratante podrá establecer en su legislación nacional y respecto a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes (...) limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en tal legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas (...).

<sup>763</sup> Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas.

<sup>764</sup> Las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, en relación con la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contenga su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas.

II del Título III, y con la única salvedad de lo dispuesto en el art. 37.2.2º TRLPI (referido al derecho de remuneración por el préstamo público), son de aplicación subsidiaria, y en lo pertinente, a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes. Ello significa, en esencia, que con la salvedad ya apuntada del art. 37.2.2º, los límites establecidos en los arts. 31 y ss. TRLPI son igualmente aplicables a los derechos patrimoniales del artista sobre sus interpretaciones audiovisuales, en la medida en que la configuración del límite así lo permita<sup>765</sup>.

El segundo elemento viene dado por el fundamento de cada límite concreto. Así, ya hemos advertido *ut supra* que no todos los límites sustantivos a los derechos patrimoniales del autor (y, por analogía, del artista) encuentran su justificación en la función social de la propiedad intelectual. A este respecto encontramos en el TRLPI dos límites concretos cuyo fundamento radica en criterios de índole práctica, como por ejemplo la imposibilidad, de hecho y de derecho, por parte del titular del derecho exclusivo de reproducción de controlar las copias de su obra o prestación en un ámbito estrictamente doméstico (límite de “copia privada”, previsto en el art. 31 TRLPI), o de índole técnica (límite relativo al cable, satélite y grabaciones técnicas, previsto en el art. 36 TRLPI). Los demás límites, sin embargo, sí cumplen, en mayor o menor medida, con la función social que anunciábamos en la introducción general a este tema, si bien desde distintos ángulos, como pueda ser el docente o de investigación (por ejemplo, los previstos en los arts. 32 y 34.2.b) TRLPI); seguridad pública (art. 31bis.1 TRLPI); acceso a la información (arts. 31 y 33 TRLPI) o, en general, a la cultura (arts. 31bis.2, 37 y 37bis TRLPI).

#### **4.2.- La regla de los tres pasos.**

Con carácter previo al análisis particular de los límites a los derechos patrimoniales del artista es preciso traer a colación la denominada “regla de los tres pasos”, o criterio general e imperativo de interpretación de cualesquiera disposiciones relativas a tales límites, contenido en el art. 40bis TRLPI, a cuya virtud dichas disposiciones *no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor [o del artista] o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran*.

Esta regla fue introducida en el art 9.2 del Convenio de Berna con ocasión de su revisión de Estocolmo de 1967. Así, y en relación con el derecho exclusivo de reproducción previsto en su primer apartado, dicho precepto reservaba a las Partes Contratantes la *facultad de permitir la*

---

<sup>765</sup> Efectivamente, existen determinados límites al derecho de autor que no admiten aplicación con respecto a las interpretaciones audiovisuales, así, por ejemplo, el previsto en el art. 38 TRLPI, referido exclusivamente a la ejecución de obras musicales en actos oficiales y ceremonias religiosas.

*reproducción de las obras protegidas, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*

A este respecto FICSOR encuentra el origen de la expresión “prueba del criterio triple” (o “regla de los tres pasos”) en la forma en la que la Conferencia Diplomática de Estocolmo describió su aplicación, a saber: “si se considera que la reproducción atenta contra la explotación normal de la obra, la reproducción no está permitida en absoluto. Si se considera que la reproducción no atenta contra la explotación normal de la obra, el próximo paso será examinar si no causa perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. Solamente cuando no es el caso, sería posible, en determinados supuestos especiales, introducir una licencia obligatoria o prever la utilización sin pago alguno”<sup>766</sup>.

A la inversa el test exige, en primer lugar, y para la introducción de un límite o excepción al derecho de reproducción, que estemos ante un caso “especial”, entendiendo por tal todo aquel supuesto en el que subyazca algún motivo que justifique la introducción de dicho límite o excepción -v.gr. motivos prácticos, técnicos o de función social, incluida la actividad docente o de investigación, la seguridad pública, el derecho de acceso a la información o, en general, a la cultura. En otras palabras: el legislador nacional no puede limitar caprichosa o arbitrariamente los derechos patrimoniales del autor o del artista, sino tan sólo cuando exista motivo suficiente para ello.

Una vez comprobado que nos encontramos ante un caso especial, el segundo paso vendría dado por la necesidad de comprobar que el límite o excepción no atente contra la normal explotación de la obra. A este respecto es preciso, en primer lugar, determinar qué ha de entenderse por “normal explotación de la obra”. Así, cabe indicar que dicha expresión se refiere a la “obra”, y no a los “derechos”, de tal suerte que se deberá tener en cuenta el alcance del límite o excepción en relación con todos los derechos exclusivos que cada titular ostenta sobre la obra o prestación o, como sugiere RICKETSON, “las maneras en que razonablemente podría esperarse que el autor explote su obra en circunstancias normales”<sup>767</sup>. En idéntico sentido, la Propuesta Básica debatida en Estocolmo interpretaba este criterio como condición de que los actos permitidos por el límite o excepción no entren en competencia económica con las obras, “habida cuenta que

---

<sup>766</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados de Derechos de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*, pág. 58.

<sup>767</sup> RICKETSON, Sam, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, obra editada por la Universidad de Londres (Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College) y Kluwer, Londres.1987, pág. 483.



todas las formas de explotar una obra, que tienen, o pueden adquirir, importancia económica o práctica considerable, deben estar reservadas a los autores [y demás titulares]"<sup>768</sup>.

Y, por último, superado el segundo "paso", es necesario, en todo caso, que el límite o excepción cuya introducción se pretende no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho. Así, y mientras que la segunda condición del precitado art. 9.2 de la Convención de Berna se refiere al grado de desplazamiento del mercado causado por una limitación o excepción, el criterio del "perjuicio injustificado" se refiere a la medida en que el titular de derechos ha sido perjudicado por los efectos del límite o excepción. El análisis de esta condición implica varias cuestiones, comenzando por la necesaria determinación del significado de "interés legítimo" [del titular del derecho]. En este sentido, FICSOR<sup>769</sup> se inclina por una interpretación normativa, conforme a la cual el interés del titular ha de estar expresamente reconocido por las leyes (por ejemplo, el interés del artista de gozar o ejercitar los derechos exclusivos que tiene reconocidos). La segunda cuestión a tener en cuenta viene dada por la necesidad de que el límite o excepción no perjudique de manera injustificada tales intereses legítimos. Así, y partiendo de la base de que todo límite o excepción implica, en mayor o menor medida, un daño o detrimento de los intereses legítimos del titular del derecho afectado, la regla de los tres pasos únicamente descarta el límite cuando el daño que provoca no esté justificado. En definitiva, tal y como señala CASAS VALLÉS, el perjuicio causado por el límite o excepción ha de estar justificado, de tal suerte que "si no hay intereses legítimos en juego, o aún habiéndolos no se les causa daño o, en fin, éste está justificado, el límite resultará admisible"<sup>770</sup>. Se trata, entonces, de determinar en qué supuesto puede considerarse admisible el daño producido por un límite o excepción a los intereses legítimos del titular del derecho afectado. A nuestro juicio, el perjuicio causado a tales intereses alcanza el umbral de la justificación cuando el límite o excepción causa o puede causar una pérdida económica o de ingresos desproporcionada al titular del derecho afectado. Avala esta tesis el hecho de que la propia Comisión Principal I de la Conferencia de Estocolmo admitiera expresamente que "en el supuesto de que hubiese para el autor una falta de ingresos [a causa de un límite o excepción], la ley debería atribuirle una compensación (sistema de licencia obligatoria con remuneración equitativa)"<sup>771</sup>. De ello se sigue que cabe introducir un límite o excepción especialmente dañino a los intereses legítimos de los titulares del derecho afectado, con tal de que éstos tengan

---

<sup>768</sup> Archivos de la Conferencia de Estocolmo de 1967, documento S/1: Convención de Berna; Propuestas para la revisión de las disposiciones sustantivas en materia de derecho de autor (Artículos 1-20), elaborado por el Gobierno de Suecia con la asistencia de la Unión de Oficinas Internacionales para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI), pág. 42.

<sup>769</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados de Derechos de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*, pág. 61.

<sup>770</sup> CASAS VALLÉS, Ramón, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 706.

<sup>771</sup> Así, en las Actas de la Conferencia Diplomática de la Revisión de Estocolmo de 1967, par. 85.

reconocido, a su vez, una suerte de compensación -generalmente a través de un derecho compensatorio como el previsto en el art. 25 TRLPI.

Así configurada la regla de los tres pasos, y con posterioridad a la precitada revisión de Estocolmo de 1967, la OMC adoptó una regla idéntica en su Acuerdo sobre los ADPIC de 1994, extendiéndola a cualesquiera límites o excepciones. Así, conforme a su art. 13, *los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos*. De manera similar se pronuncia el art. 16.2 WPPT y, específicamente referido a las interpretaciones audiovisuales, el art. 13.2. del Tratado de Beijing, a cuya virtud, las *Partes Contratantes restringirán toda limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la interpretación o ejecución, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante*.

Siguiendo dicha línea, el art. 4.3º de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, introdujo en el TRLPI el vigente art. 40bis<sup>772</sup>. Así, y conforme podemos leer en la Exposición de motivos de la citada Ley 5/1998, la introducción del art. 40bis se realiza “a los efectos de ampliar su alcance en el mismo sentido que el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el artículo 10 del reciente Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derechos de Autor” -si bien a los efectos de interpretar las disposiciones previstas en el precitado Capítulo II del Título III, Libro I TRLPI, relativas a los límites al derecho del autor, aplicables con carácter subsidiario, y por remisión expresa del art. 132 TRLPI, a los derechos del artista sobre sus interpretaciones audiovisuales.

---

<sup>772</sup> La norma objeto de incorporación en nuestro ordenamiento a través de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, esto es, la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, también preveía la aplicación de la regla de los tres pasos (art. 6.3), si bien en relación con las posibles excepciones y limitaciones permitidas por ese mismo artículo (apartados 1 y 2) a los derechos exclusivos reconocidos en su art. 5 al autor de una base de datos – límites y excepciones que, a su vez, fueron introducidos en el vigente art. 34 TRLPI por la misma Ley 5/1998 (art. 4.2). Así, el art. 6.3 de la Directiva establece que *conforme a lo dispuesto en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, el presente artículo no podrá interpretarse de manera tal que permita su aplicación de forma que cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho o que vaya en detrimento de la explotación normal de la base de datos*.

El legislador comunitario reitera este criterio en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, pero esta vez refiriéndola a cualesquiera obras o prestaciones protegidas. Así, conforme a su art. 5.5, las excepciones y limitaciones permitidas por los apartados 1, 2 y 4 del mismo precepto a los derechos exclusivos de reproducción y de distribución (reconocidos tanto a los autores, como a los artistas y demás titulares de derechos conexos) únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.

Dicha regla interpretativa, fundamentalmente dirigida a Jueces y Magistrados, determina, en primer lugar, que no cabe estimar limitación alguna al derecho de los artistas, más allá de las expresamente previstas en el TRLPI. Se trata del primer test, previsto en la formulación convencional de la regla de los tres pasos pero no así en el art. 40bis, a cuya virtud únicamente pueden introducirse límites y excepciones en “casos especiales” (con el significado y alcance indicado *ut supra*). Este test, trasladado a nuestro Derecho interno, significa que no caben reconocer más límites que los previstos en los arts. 31 a 39 TRLPI, y en la medida en que sean aplicables a cada situación concreta. Ello equivale entonces a decir que dichos preceptos constituyen un *numerus clausus*, que impide ampararse en circunstancias distintas a las expresamente previstas para limitar el derecho del artista -tal cual sucede, por ejemplo, con la doctrina del *fair use*, propia de los ordenamientos en los que rige el sistema del *Copyright*.

El art. 40bis implica, además, que los límites previstos en el TRLPI han de ser objeto de una interpretación restrictiva -como no podía ser de otra manera, toda vez que tales límites son normas restrictivas de derechos-, de tal modo que la estimación de su alcance no implique un detrimento de la explotación normal de la obra o interpretación, o cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho afectado, todo ello en los términos señalados *ut supra*.

Los criterios sentados por la regla de los tres pasos han tenido, en general, una buena acogida por parte de nuestros juzgados y tribunales, que han seguido una interpretación restrictiva de los límites (y, por tanto, favorable a los intereses de los titulares de derechos), como lo demuestran los fallos habidos a este respecto al día de la fecha. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2007, o las sentencias de las audiencias provinciales de Zaragoza (2 de diciembre de 1998), Salamanca (23 de marzo de 2000), Madrid (27 de julio de 2001) y Barcelona (31 de octubre de 2002 y 17 de septiembre de 2008).

#### **4.3.- Límites sustantivos concretos y sus efectos sobre los derechos patrimoniales de los artistas del ámbito audiovisual.**

Dicho cuanto antecede en relación con el fundamento, configuración y naturaleza de los límites legalmente establecidos a los derechos patrimoniales, cumple ahora traer a colación, siquiera brevemente, cuáles de tales límites (*v.gr.* los establecidos en los arts. 31 a 39 TRLPI) tienen efecto sobre las interpretaciones audiovisuales.

Efectivamente, tal y como ha quedado advertido *ut supra*, los límites, aún relativos a derechos patrimoniales concretos, están vinculados a determinados actos de explotación o uso de la obra, de tal modo que aquéllos únicamente tendrán incidencia sobre las interpretaciones audiovisuales cuando resulten de aplicación a la obra o soporte que las incorpore -citábamos como ejemplo de no afectación a las interpretaciones audiovisuales el límite previsto en el art. 38 TRLPI (actos oficiales y ceremonias religiosas), en la medida en que está referido única y exclusivamente a las obras musicales, las cuales difícilmente podrán incorporarse en una interpretación audiovisual.

En este orden de cosas, los límites aplicables a los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones audiovisuales, siquiera subsidiariamente (art. 132 TRLPI) y en la medida en que las obras o prestaciones a que aquéllos se refieren incluyen las audiovisuales, son los siguientes:

- **Reproducciones provisionales** (art. 31.1 TRLPI).

Del elenco de límites y excepciones previstos en el art. 5 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información<sup>773</sup>, el único que se configura como obligatorio para los Estados miembros es el referido a los actos de reproducción provisional previstos en su primer apartado<sup>774</sup>. Tales actos no requerirán la autorización del titular del derecho exclusivo de reproducción cuando, además de carecer en sí mismos de valor económico, se trate de un acto de reproducción transitorio o accesorio, que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico desarrollado con la única finalidad de permitir una transmisión eficaz en una red entre terceras partes, a través de un intermediario, o bien la utilización lícita de una obra o prestación. Aclara el Considerando 33 de la Directiva que *en la medida en que cumplan estas condiciones, la excepción mencionada debe cubrir asimismo los actos que permitan hojear o crear ficheros de almacenamiento provisional, incluidos los que permitan el funcionamiento eficaz de los sistemas de transmisión, siempre y cuando el intermediario no modifique la información y no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y*

---

<sup>773</sup> Con esta Directiva, y como veremos más adelante, el legislador europeo perseguía, en primer lugar, adaptar la normativa comunitaria en materia de propiedad intelectual al nuevo entorno tecnológico, evitando así que el desarrollo legislativo en cada Estado miembro en relación con la aparición de nuevos modelos de negocio provocara la desarmonización en esta materia, así como, en segundo lugar, dar cumplimiento a determinadas obligaciones internacionales derivadas de la adopción, en 1996, de los dos primeros “Tratados Internet” de la OMPI (WCT y WPPT) – cuyo objeto principal era, igualmente, adaptar la normativa internacional en materia de propiedad intelectual al entorno digital.

<sup>774</sup> Los actos de reproducción provisional (...) que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya finalidad consista en facilitar:

(a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o

(b) una utilización lícita, de una obra o prestación protegidas,

y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción (...).

*utilizada por el sector con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información. La utilización se considerará lícita en caso de que la autorice el titular del derecho o de que no se encuentre restringida por la ley.*

El legislador español incorporó este límite a nuestro ordenamiento a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio, estableciendo su art. 5 la redacción actual del vigente art. 31.1 TRLPI: *no requerirán autorización del autor [ni del artista, ex. art. 132 TRLPI] los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 [al que también se remite el art. 107, en relación con el derecho exclusivo de reproducción del artista] que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiendo por tal la autorizada por el autor [o por el artista, o por cualquier otro titular del derecho exclusivo de reproducción] o por la ley.*

Las reproducciones a que se refiere este límite son, en definitiva, aquéllas que, aún siendo meramente instrumentales o auxiliares respecto del acto principal (la comunicación pública, puesta a disposición o reproducción a través de redes digitales de transmisión), resultan sin embargo esenciales para su correcta ejecución. Se trata, por ejemplo, de las reproducciones que GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ califica<sup>775</sup> de “técnicas o efímeras”, realizadas “en los puntos intermedios de la Red en el proceso de transmisión de un punto a otro”, es decir, las reproducciones que resultan necesarias para que la obra o prestación, una vez introducida o cargada en el servidor u ordenador conectado a la red, alcance su destino, permitiendo el acceso a la misma en el extremo opuesto de la cadena de transmisión. Obviamente, tanto el acto de carga inicial (reproducción), como el acceso o, en su caso, descarga (reproducción) final, han de contar con la debida autorización por parte del titular del derecho exclusivo de reproducción. Ahora bien, toda transmisión de un punto a otro implica la realización de múltiples copias efímeras en puntos (v.gr., servidores) intermedios, copias que, en la medida en que cumplen con los requisitos del precitado art. 31 TRLPI, están exceptuadas del derecho exclusivo de reproducción.

---

<sup>775</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª Ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 535.

También se incluyen en esta categoría las denominadas copias “caché” y RAM<sup>776</sup>. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ define<sup>777</sup> a las primeras como reproducciones creadas automáticamente en el ordenador del usuario (“copias caché locales”) o en servidores intermedios; y a las segundas como aquéllas que “se producen en la memoria RAM del ordenador del usuario en el proceso de visualización o audición de las obras o prestaciones protegidas en pantalla, que se borran tan pronto como la obra desaparece de la pantalla o se apaga el ordenador”.

- **Copia privada** (art. 31.2 TRLPI).

El significado, alcance y efectos de este límite han sido cumplidamente expuestos con ocasión del análisis efectuado en otro epígrafe de este trabajo, al que nos remitimos ahora, en relación con el derecho exclusivo del artista a autorizar la reproducción de sus interpretaciones fijadas en soporte o medio audiovisual.

Sí merece la pena recordar ahora, sin embargo, que este límite es el único que nuestro legislador ha debido considerar que “causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos” del artista, en los precitados términos de la “regla de los tres pasos” prevista en el art. 40 bis TRLPI, y ello habida cuenta que es el único límite por el que el artista tiene reconocida una compensación económica -por la vía del derecho compensatorio previsto en el art. 25 TRLPI, también objeto de análisis en el epígrafe correspondiente.

- **Seguridad pública y procedimientos oficiales** (art. 31bis.1 TRLPI).

Dispone el primer apartado del art. 31bis TRLPI que *no será necesaria la autorización del autor cuando una obra se reproduzca, distribuya o comunique públicamente con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios*.

Si bien la literalidad del precepto es suficientemente clara y elocuente, conviene, no obstante, realizar una serie de observaciones a los efectos de poder determinar el impacto de este límite en los derechos del artista sobre sus interpretaciones audiovisuales.

---

<sup>776</sup> La memoria de acceso aleatorio (o RAM, por sus siglas inglesas) es un componente de todo dispositivo informático, encargado de almacenar de manera automática y temporal la información necesaria para el funcionamiento del sistema. Dicha información es eliminada de la memoria RAM de manera automática cada vez que se apaga el dispositivo.

<sup>777</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, óp. cit., pág. 536

Así, en primer lugar cumple reiterar la aplicación subsidiaria de este artículo a los derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública reconocidos al artista en los arts. 107, 108 y 109 TRLPI, respectivamente, sobre sus interpretaciones audiovisuales fijadas en soporte o medio audiovisual<sup>778</sup>. Ello significa que tampoco será necesaria la autorización del artista cuando su interpretación audiovisual sea utilizada para alguno de los fines previstos en el art. 31bis.1 TRLPI –si bien es preciso recordar, en todo caso que, habida cuenta la presunción de cesión prevista en el art. 110 TRLPI, así como el agotamiento del derecho de distribución, correspondería dicha autorización al productor de la obra o grabación audiovisual.

Entre tales fines se encuentra la “seguridad pública”, que figura en primer lugar, diferenciada de los demás fines, como novedad introducida en el vigente art. 31bis.1 TRLPI (anterior art. 31.1.1º TRLPI) por la Ley 23/2006, de 7 de julio, y que trae causa directa del art. 5.3.e) de la Directiva 2001/29/CE. Ahora bien, ni la Directiva ni el TRLPI nos dicen qué ha de entenderse por “seguridad pública”, por lo que se antoja necesario acudir a su significado constitucional. En este sentido, dice el art. 104.1 CE que *las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana*. Por tanto, la seguridad pública (o ciudadana) consiste en, o pasa por, garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades establecidos en la constitución (derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, etc.), tarea que la propia Constitución atribuye a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Si en el marco de esa tarea, tales fuerzas y cuerpos necesitan reproducir, distribuir o comunicar públicamente una obra o grabación audiovisual que integre la interpretación del algún actor, aquéllas no precisarán de la autorización de este último (ni la de ningún otro titular originario o derivativo de cualquier derecho exclusivo sobre la obra o soporte).

Los demás fines previstos en el art. 31bis.1 TRLPI, de manera conjunta, son el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios<sup>779</sup> - así, por ejemplo, cuando el objeto de controversia en un litigio esté relacionado con el ejercicio del derecho moral de integridad, seguramente la práctica de la prueba pase por la reproducción y comunicación

---

<sup>778</sup> A este respecto cumple advertir que el art. 31bis.1 TRLPI amplía los supuestos previstos en el anterior art. 31.1.1º TRLPI (previo a la reforma operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio), en la medida en que ya no es preciso que la obra haya sido previamente divulgada, y puesto que el límite ya no se refiere exclusivamente a la reproducción, sino también a la distribución y comunicación pública (entendemos que la puesta a disposición se incluye en esta última modalidad, toda vez que el art. 5.3.e) de la Directiva 2001/29/CE, de la que trae causa la configuración actual de este límite, la incluye expresamente).

<sup>779</sup> Si bien los dos primeros ya aparecían expresamente previstos en el anterior art. 31.1.1º TRLPI, el tercero (*correcto desarrollo de procedimientos parlamentarios*) se introduce en el vigente art. 31bis.1 TRLPI a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio, que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 29/2001/CE, cuyo art 5.3.e) prevé la posibilidad de limitar los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública y puesta a disposición (que no la distribución) cuando sea preciso el uso de la obra o prestación *con fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, o para asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos*.

pública (en la Sala) de la interpretación audiovisual fijada, sin que para ello sea preciso contar con la autorización del artista ni del cesionario de los derechos exclusivos sobre la obra o la fijación o cualquier otro titular originario. Lo mismo sucede si, en el marco de un procedimiento parlamentario<sup>780</sup>, surge la necesidad de proyectar, reproducir o distribuir una obra audiovisual.

- **Discapacidades** (art. 31bis.2 TRLPI).

El anterior art. 31.1.3º TRLPI exceptuaba del derecho de reproducción las copias realizadas para el uso privado de invidentes, siempre que aquéllas se realizaran mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico. Sin embargo, y tras la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2001/29/CE<sup>781</sup>, el art. 31bis.2 TRLPI exceptúa tanto el derecho de reproducción, como los de distribución y comunicación pública, en la medida en que tales actos se realicen *en beneficio de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a lo que ésta exige*<sup>782</sup>.

La superación de la anterior formulación, de la que se seguía un esquema limitado a la reproducción de obras impresas (*v.gr.* libros y publicaciones asimiladas) implica claramente que la *vonluntas legis* es la de aplicar este límite a todo tipo de obras, usos y discapacidades (no sólo visuales). Así, por ejemplo, y en el ámbito audiovisual, la denominada “audio-descripción” o “traducción audiovisual”, que facilita la comunicación pública de las obras y grabaciones audiovisuales a los invidentes, mediante la inserción de una locución en los silencios de tales obras, al objeto de describir las imágenes asociadas a la obra -incluidos los gestos, movimientos y demás expresiones del lenguaje corporal utilizado por los actores.

- **Cita** (art. 32.1 TRLPI).

Conforme al art. 32.1 TRLPI, *es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter*

---

<sup>780</sup> A este respecto PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO se plantea si el supuesto se refiere únicamente a los procesos legislativos de elaboración de normas jurídicas, cualquiera que sea su rango, o si por el contrario incluye asimismo la actividad desarrollada por las distintas Comisiones parlamentarias para investigar determinados hechos, concluyendo que “la finalidad perseguida con el reconocimiento de la excepción permite su inclusión”, PÉREZ DE ONTIVEROS, Carmen, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 581.

<sup>781</sup> Mediante la Ley 23/2006, de 7 de julio.

<sup>782</sup> Todo ello en sintonía con el art. 5.3.b) de la Directiva 2001/29/CE, que permite la limitación de los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública y puesta a disposición cuando el uso se realice en beneficio de personas con minusvalías, guarde una relación directa con la minusvalía y no tenga un carácter comercial, en la medida en que lo exija la minusvalía considerada.



*plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Y añade, tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.*

De ello se sigue, en primer lugar, que la cita exige la concurrencia de dos obras: la “obra propia” y la “obra ajena”. Sobre la primera de ellas la ley no especifica su naturaleza, por lo que entendemos se refiere a cualesquiera creaciones originales de las previstas en el art. 10 TRLPI -audiovisuales incluidas. Sobre la segunda, el propio art. 32.1 TRLPI nos dice que puede ser una obra de naturaleza escrita, sonora, audiovisual, plástica, o fotográfica, que en los supuestos y con el alcance previsto en dicho precepto, podrán ser insertadas en la primera, sin necesidad de autorización y sin que ello suponga, además, violación de derecho moral alguno -siempre y cuando se trate de obras ya divulgadas, tal y como señala el propio art. 32.1 TRLPI.

El alcance de la cita es el previsto en el art. 32.1 TRLPI, que, en el caso de las obras *de naturaleza audiovisual*, únicamente permite la utilización de *fragmentos* de la misma, cuya extensión dependerá del carácter sustancial o no del fragmento utilizado en relación tanto con la obra en que se inserta<sup>783</sup> como con el fin perseguido -que ha de ser, necesariamente, alguno de los previstos en la propia norma, a saber: *análisis, comentario o juicio crítico*. Por tanto, no es lícita la inclusión de una escena concreta (por breve que sea) de otra obra audiovisual en una obra propia con fines meramente *estéticos* -por ejemplo, una obra audiovisual en la que los protagonistas acuden al cine, mostrándonos la escena concreta que están viendo.

Además de la finalidad concreta (análisis, comentario o juicio crítico) perseguida con cada inserción, el uso de la misma -en sentido *lato*, es decir, incluida la distribución y comunicación al público en todas sus modalidades- habrá de estar dirigido a uno de los fines también previstos en la norma, a saber: fines docentes o de investigación.

Por último, y a modo de salvaguarda de los derechos morales del autor o del artista sobre la obra o interpretación pre-existente, el art. 32.1 TRLPI exige que ésta haya sido previamente divulgada o, en el caso de la obra audiovisual, comunicada públicamente, y que, en todo caso, se haga constar la fuente y el nombre de su autor -a este respecto el legislador español opta por una configuración más rígida que la prevista en el art. 5.3.d) de la Directiva 2001/29/CE, en el que la

---

<sup>783</sup> A este respecto podemos acudir, por analogía, al criterio establecido en el art. 32.3 TRLPI, que, en relación con el uso de *pequeños fragmentos* de obras ajenas para la ilustración de la enseñanza, dispone que por tales se entenderá un extracto o porción cuantitativamente poco relevante sobre el conjunto de la obra pre-existente.

indicación de la fuente y nombre del autor es obligatoria, *salvo en los casos en los que resulte imposible*.

- **Ilustración de la enseñanza** (art. 32.3 TRLPI).

Introducido en el TRLPI (anterior art. 32.2) por la Ley 23/2006, de 7 de julio<sup>784</sup>, y reformado por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, el vigente art. 32.3 TRLPI<sup>785</sup> permite al profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español, así como al personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación (en sus funciones de investigación científica), reproducir, distribuir y comunicar al público *pequeños fragmentos* de obras ajenas, cuando concurren una serie de requisitos o presupuestos.

A este respecto cumple advertir en primer lugar que, con la única salvedad de las obras plásticas o fotográficas, este límite no especifica la naturaleza de las obras afectadas por el mismo, por lo que, de nuevo, habrán de entenderse comprendidas en su ámbito cualesquiera creaciones originales descritas en el art. 10 TRLPI -y ello a pesar de que parece estar concebido y diseñado, sin embargo, para afectar únicamente a las obras impresas o susceptibles de serlo (libros y publicaciones asimiladas al libro), toda vez que, en primer lugar, la autorización a la que se refiere como innecesaria es la del autor o editor y, en segundo lugar, establece una excepción al límite cuando las obras objeto de utilización tengan *la condición de libro de texto, manual universitario o publicación asimilada*, definidos como *cualquier publicación, impresa o*

---

<sup>784</sup> Con dicha norma se incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 2001/29/CE, cuyo art. 5.3.a) preveía la posibilidad de limitar los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública y puesta a disposición *cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica* (...).

<sup>785</sup> *El profesorado de la educación reglada impartida en centros integrados en el sistema educativo español y el personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación en sus funciones de investigación científica, no necesitarán autorización del autor o editor para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras y de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, cuando, no concurriendo una finalidad comercial, se cumplan simultáneamente las siguientes condiciones:*

*a) Que tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas, tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia, o con fines de investigación científica, y en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida.*

*b) Que se trate de obras ya divulgadas.*

*c) Que las obras no tengan la condición de libro de texto, manual universitario o publicación asimilada, salvo que se trate de:*

*1.º Actos de reproducción para la comunicación pública, incluyendo el propio acto de comunicación pública, que no supongan la puesta a disposición ni permitan el acceso de los destinatarios a la obra o fragmento. En estos casos deberá incluirse expresamente una localización desde la que los alumnos puedan acceder legalmente a la obra protegida.*

*2.º Actos de distribución de copias exclusivamente entre el personal investigador colaborador de cada proyecto específico de investigación y en la medida necesaria para este proyecto.*

*A estos efectos, se entenderá por libro de texto, manual universitario o publicación asimilada, cualquier publicación, impresa o susceptible de serlo, editada con el fin de ser empleada como recurso o material del profesorado o el alumnado de la educación reglada para facilitar el proceso de la enseñanza o aprendizaje.*

*d) Que se incluyan el nombre del autor y la fuente, salvo en los casos en que resulte imposible.*

*A estos efectos, se entenderá por pequeño fragmento de una obra, un extracto o porción cuantitativamente poco relevante sobre el conjunto de la misma.*

*Los autores y editores no tendrán derecho a remuneración alguna por la realización de estos actos.*

*susceptible de serlo, editada con el fin de ser empleada como recurso o material del profesorado o del alumnado de la educación reglada para facilitar el proceso de la enseñanza o aprendizaje.*

Sentado y admitido que este límite afecta a cualesquiera obras de las comprendidas en el art. 10 TRLPI, audiovisuales incluidas (v.gr., documentales, obras cinematográficas, obras televisivas mostradas en el aula), es preciso determinar, en segundo lugar, qué se entiende, a estos efectos, por *pequeños fragmentos*. A diferencia de la cita, en este caso el propio art. 32.3 TRLPI dispone que por tales, y a estos efectos, se entenderá *un extracto o porción cuantitativamente poco relevante sobre el conjunto de la obra pre-existente*.

En cuanto a los presupuestos para que el profesorado y personal de investigación de los precitados centros puedan utilizar libremente fragmentos de obras audiovisuales ajenas, el art. 32.3 TRLPI exige la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes presupuestos: (1) que en tales usos no concurra finalidad comercial alguna; (2) que tales actos se lleven a cabo única y exclusivamente para la ilustración de las actividades educativas y de investigación científica de dichas personas; (3) que las obras objeto de utilización hayan sido previamente divulgadas; (4) que se incluyan el nombre del autor y la fuente, *salvo en los casos en que resulte imposible*.

Por último cabe indicar que, conforme al propio precepto, *los autores y editores no tendrán derecho a remuneración alguna por la realización de estos actos*, lo cual incide en la idea apuntada *ut supra*, sobre el origen y configuración de este límite, al tiempo que podría abrir un debate en torno a la posibilidad de que los artistas y los productores de la obra audiovisual utilizada sí pudieran reclamar una remuneración compensatoria por tales usos<sup>786</sup>.

- **Cable, satélite y grabaciones técnicas** (art. 36 TRLPI).

Conforme al primer apartado del art. 36 TRLPI, *la autorización para emitir una obra comprende la transmisión por cable de la emisión, cuando ésta se realice simultánea e íntegramente por la entidad de origen y sin exceder la zona geográfica prevista en dicha autorización*.

Este límite, que tiene un impacto evidente en las obras audiovisuales y, con ellas, en las interpretaciones de los artistas que participan en las mismas, ha de entenderse referido también a la cesión del derecho exclusivo de autorizar la emisión de la obra -y no sólo a la *autorización*, o

---

<sup>786</sup> Como por otro lado sucede en no pocos países de nuestro entorno, como por ejemplo el Reino Unido, Suecia, Dinamarca, etc.

licencia, para dicha emisión<sup>787</sup>. De ello se sigue, en definitiva y por lo que respecta a los derechos patrimoniales del artista, que en aquellos casos en los que no opere la presunción establecida en el art. 110 TRLPI, y el artista limite la cesión de su derecho exclusivo de comunicación pública a los actos previstos en el art. 20.2.c) TRLPI, esto es, a su modalidad de emisión inalámbrica -supuesto más teórico que real, habida cuenta las prácticas contractuales del sector, que determinan la cesión de todas las formas de comunicación al público-, no podrá oponerse, sin embargo, a la transmisión por cable de su interpretación fijada cuando aquélla se realice simultánea e íntegramente por la misma entidad de radiodifusión que lleve a cabo la emisión, y siempre y cuando, además, la transmisión no exceda la zona geográfica para la que fue autorizada la emisión.

Si bien el art. 36.1 TRLPI se refiere a la transmisión por cable, debemos entender no obstante, que el límite incluye cualquier acto de transmisión análogo de los previstos en el art. 20.2.e) TRLPI -hilo, fibra óptica, etc. Y ello habida cuenta que la finalidad perseguida por el legislador, esto es, la función social del límite, viene dada por la necesidad de facilitar el acceso a la obra en aquellas zonas que, comprendidas en el ámbito geográfico de emisión autorizada, sin embargo no reciben la señal radiodifundida.

Por su parte, dispone el segundo apartado del art. 36 TRLPI, que *la referida autorización comprende su incorporación a un programa dirigido hacia un satélite que permita la recepción de esta obra a través de entidad distinta de la de origen, cuando el autor o su derechohabiente haya autorizado a esta última entidad para comunicar la obra al público.*

La *referida autorización* no es otra que la que cita el primer párrafo del mismo artículo, esto es, la autorización para emitir una obra o, con mayor precisión, la cesión del derecho exclusivo de autorizar la emisión de una obra. La emisión, como hemos dicho, es la modalidad de comunicación pública prevista en el art. 20.2.c) TRLPI, a cuya virtud, *el concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen.*

Por tanto, puede decirse que el art. 36.2 TRLPI nada añade a lo ya dispuesto por el art. 20.2.c) TRLPI, en la medida en que las facultades comprendidas en la cesión del derecho exclusivo de

---

<sup>787</sup> Tal y como sugiere PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, óp. cit., pág. 626.

autorizar la emisión son esencialmente idénticas en uno y otro precepto, por lo que a la inyección de señales en un satélite se refiere. Cabría pensar, entonces, que no es un límite, sino una aclaración.

Sí añade el art. 36.2 TRLPI, siquiera a modo de aclaración, que la entidad de origen (es decir, la cesionaria del derecho exclusivo de autorizar la emisión) *quedará exenta del pago de toda remuneración* -de la que será responsable, a *sensu contrario*, la entidad que facilita o permite la recepción de las señales por el público, que deberá contar en todo caso con la preceptiva autorización para la retransmisión.

Por último, dispone el art. 36.3 TRLPI que *la cesión del derecho de comunicación pública de una obra, cuando ésta se realiza a través de la radiodifusión, facultará a la entidad radiodifusora para registrar la misma por sus propios medios y para sus propias emisiones inalámbricas al objeto de realizar, por una sola vez, la comunicación pública autorizada*. Se trata, en definitiva, de las reproducciones provisionales precisas para llevar a cabo el acto de comunicación pública, conceptualmente análogas, por tanto, a las reproducciones provisionales a que se refiere (siquiera en el ámbito digital) el art. 31.1 TRLPI, anteriormente analizado.

Dicho lo cual, además, conviene indicar que este párrafo (a diferencia de los que le preceden) sí se refiere expresamente a la cesión del derecho, y no a la autorización para emitir. Sin embargo, y como tenemos dicho, se entiende que ambas circunstancias, cesión y autorización, están comprendidas en el ámbito de este límite. Conviene indicar, asimismo, que las reproducciones permitidas al amparo de este límite son las necesarias para realizar la primera comunicación pública de la obra -su primera emisión. Habida cuenta que estas reproducciones no son, a diferencia de las previstas en el art. 31.1 TRLPI, efímeras, y que la entidad de radiodifusión puede archivarlas para, en su caso, volver a emitirlas, dispone el art. 36.3 TRLPI *in fine* que *para nuevas difusiones de la obra así registrada será necesaria la cesión del derecho de reproducción y de comunicación pública*.

- **Reproducción en determinados establecimientos** (art. 37.1 TRLPI).

Dispone el art. 37.1 TRLPI que los titulares de los derechos de autor [y, subsidiariamente, los titulares de los *otros derechos de propiedad intelectual*, artistas incluidos, ex. art. 132 TRLPI] no podrán oponerse a las reproducciones de sus obras llevadas a cabo por museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones

de carácter cultural o científico, cuando tales reproducciones se realicen sin ánimo de lucro y su finalidad sea exclusivamente para fines de investigación o conservación.

Si bien la literalidad de este precepto es suficientemente elocuente, entendemos, no obstante, que es necesario detenerse en la expresión “no podrán oponerse”. A este respecto, no resulta complicado advertir que en el resto de límites previstos en el TRLPI el acto o actos concernidos están autorizados *ex lege* -empleando a tal efecto fórmulas tales como *no será precisa la autorización, será lícita*, etc. El denominador común en estas fórmulas es la privación, al titular del derecho exclusivo afectado, de su facultad de autorizar o de prohibir. Sin embargo, la fórmula empleada en el art. 37.1 TRLPI parece referirse únicamente a la facultad de prohibir, de tal suerte que nada impediría que el titular del derecho exclusivo de reproducción pudiera negociar con el establecimiento en cuestión la concesión de una licencia o autorización, incluso remunerada. Bien pudiera argumentarse que el incumplimiento de dicha licencia o autorización por parte del establecimiento no facultaría al titular del derecho a ejercer acción alguna de cesación de la actividad de las previstas en el art. 139 TRLPI, ello sin embargo no obstaría a este último a iniciar las acciones resarcitorias oportunas, como por ejemplo la de reclamación de indemnización prevista en el art. 140 TRLPI.

Este límite, por tanto, en realidad implica la obligación del titular del derecho exclusivo de reproducción de autorizar tales reproducciones, lo cual entronca, además y en el caso de haber confiado la administración de tal derecho a una entidad de gestión colectiva, con la obligación prevista en el art. 157.1.a) TRLPI, a cuya virtud las entidades de gestión están obligadas *a negociar y contratar, bajo remuneración, en condiciones equitativas y no discriminatorias con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados*. En este caso, el límite previsto en el art. 37.1 TRLPI actuaría como un *plus* a dicha obligación<sup>788</sup>.

- **Préstamo en determinados establecimientos** (art. 37.2 TRLPI).

Conforme al art. 37.2 TRLPI, *los museos, archivos, biblioteca, hemerotecas, fonotecas y filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter*

---

<sup>788</sup> Avala esta tesis el hecho público y notorio de que la entidad de los autores y editores literarios, CEDRO, tenga suscritas licencias con varias de tales instituciones, autorizándolas para la reproducción de las obras que forman parte de su repertorio -así, por ejemplo, con la Biblioteca Nacional de España -según noticia publicada por la propia CEDRO en su página Web: <http://www.cedro.org/prensa/cedroinfo/cedroinfo/2011/06/20/cedro-informa-27-12-de-junio-del-2008-licencia-para-la-biblioteca-nacional-derechos-de-autor-y-educación-cómo-escanear-obras-de-francia-y-de-estados-unidos#primero>

*cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán de autorización por los préstamos que realicen.*

Sin perjuicio del mayor análisis realizado a este respecto en el epígrafe dedicado al derecho de distribución mediante préstamo que, en su modalidad de préstamo, es objeto del límite que ahora nos ocupa, cumple dejar ahora sentados dos extremos. El primero de ellos es el relativo a los beneficiarios del mismo, que no son estrictamente los mismos que los previstos en el caso de la reproducción (art. 37.1 TRLPI). El segundo, de mayor enjundia, viene dado por la fórmula empleada (*no precisarán de autorización*), que difiere, y mucho, de la empleada en el párrafo anterior relativo al derecho de reproducción (*no podrán oponerse*). La diferencia entre una y otra fórmula ya ha sido expuesta *ut supra* y justifica, a su vez, que los titulares del derecho exclusivo de distribución, en su modalidad de préstamo, tengan reconocido el derecho a una remuneración compensatoria por la limitación de su facultad de autorizar tales actos -si bien, como tenemos dicho, el legislador español ha optado por reconocer tal derecho única y exclusivamente a los autores nominales de las obras objeto de préstamo, excluyendo con ello a otras categorías de titulares, como por ejemplo los artistas. Diferencia que encuentra su origen en el art. 5.2 de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, a cuya virtud, *cuando los Estados miembros no apliquen el derecho exclusivo de préstamo (...) respecto de los fonogramas, películas y programas de ordenador, deberán estipular, al menos para los autores, una remuneración*. Por lo tanto, bien pudiera haber reconocido nuestro legislador dicha remuneración a los demás titulares de derechos sobre tales obras, bien porque el precitado art. 5.2 tenía carácter de mínimos (*al menos para los autores*), bien porque conforme al Considerando 4º de la misma Directiva, *el alquiler y préstamo de obras amparadas por los derechos de autor y objetos protegidos por derechos afines tienen cada vez más importancia, en particular para los autores, artistas y productores de fonogramas y películas, y que la piratería constituye una amenaza cada vez más grave*. Así y todo, tampoco puede extrañar la exclusión de los artistas y demás titulares de *otros derechos de propiedad intelectual* del ámbito de la remuneración compensatoria contemplada en el art. 37.2 TRLPI, toda vez que la renuencia inicial de nuestro legislador a reconocer semejante derecho, incluso a los autores, provocó la condena a España por parte del TJUE en su sentencia de 26 de octubre de 2006<sup>789</sup>.

---

<sup>789</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 26 de octubre de 2006, asunto C-36/05.

- **Comunicación o puesta a disposición en determinados establecimientos** (art. 37.3 TRLPI).

Por último, y por lo que a los límites previstos en el art. 37 TRLPI se refiere, su tercer apartado dispone que *no necesitará la autorización del autor la comunicación de obras o su puesta a disposición de personas concretas del público a efectos de investigación cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de los establecimientos citados en el anterior apartado y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento y no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia. Todo ello sin perjuicio del autor a percibir una remuneración equitativa.*

Con respecto a este límite cabe realizar las mismas apreciaciones que con el anterior, siendo la única diferencia relevante que, mientras el anterior está referido al préstamo, este último está referido a la comunicación al público y puesta a disposición y trae causa, además, de la Directiva 2001/29/CE, cuyo art. 5.3.n) admite la posibilidad de limitar los derechos exclusivos de comunicación y puesta a disposición *cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2 [bibliotecas, centros de enseñanza, museos y archivos], de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia.*

Por último, cumple advertir que, a diferencia del anterior apartado, éste no está excluido del régimen de aplicación supletoria del art. 132 TRLPI, por lo que puede entenderse que su disposición *in fine*, referida al derecho de los autores a percibir una remuneración equitativa por los usos permitidos al amparo de este límite, resulta igualmente aplicable a los artistas que intervienen en las obras audiovisuales objeto de comunicación o puesta a disposición en tales establecimientos.

- **Obras huérfanas** (art. 37bis TRLPI).

El art. 6 de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, incorporó a nuestro ordenamiento, en el art. 37bis TRLPI, la regulación jurídica de las denominadas obras huérfanas, en cumplimiento de lo



dispuesto en la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos de las obras huérfanas.

Así, el primer apartado de dicho precepto define a las obras huérfanas como aquéllas *cuyos titulares de derechos no están identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una búsqueda diligente de los mismos*.

A este respecto, lo primero que advertimos es que este límite no se refiere a los autores de las obras, sino a los *titulares de derechos* sobre las mismas, concepto que puede admitir un doble significado. Así, puede referirse a los titulares de los derechos exclusivos concernidos por este límite, es decir, a sus cesionarios (en el caso de una obra audiovisual, su productor, o el titular originario que no haya transferido su derecho exclusivo). Pero también puede referirse a cualesquiera titulares de derechos, concepto que comprende tanto a los autores, como a los artistas, los productores y los editores, con independencia de la naturaleza o contenido de los derechos que ostenten en relación con la obra en cada momento.

Nosotros nos inclinamos por esta segunda opción, en la medida en que los derechos concernidos por este límite no tienen por qué agotarse en los de carácter exclusivo, en los términos que veremos más adelante.

La *búsqueda diligente* a que se refiere este precepto ha de estar dirigida, por tanto, a identificar y localizar a cualesquiera personas que pudieran ostentar alguna suerte de derecho sobre la obra que se pretende utilizar. Aclarado lo cual, es el apartado 5, *in fine*, el que nos dice qué ha de entenderse por búsqueda diligente, a saber: se trata de una búsqueda *de buena fe*, que como mínimo implicará la consulta de las fuentes que se determinen reglamentariamente, pudiendo ampliarse a fuentes similares en otros países. No es preciso detenerse ahora en la configuración de tales fuentes, y su funcionamiento (art. 37bis.6) por lo demás descritas en el art. 3 de la precitada Directiva 2012/28/UE.

No habiendo sido posible identificar o, en su caso, localizar a todos los titulares de derechos sobre la obra, ésta podrá ser objeto de reproducción<sup>790</sup> y puesta a disposición del público por parte de los *centros educativos, museos, bibliotecas y hemerotecas accesibles al público, así como los organismos públicos de radiodifusión, archivos, fonotecas y filmotecas*. Y ello sujeto a

---

<sup>790</sup> A efectos de su digitalización, puesta a disposición, indexación, catalogación, conservación o restauración (ex. art. 37bis.4 TRLPI).

que tales actos se lleven a cabo sin ánimo de lucro y en cumplimiento de sus objetivos de interés público – en particular, dice este precepto, la conservación y restauración de las obras que figuren en su colección y su puesta a disposición con fines culturales y educativos.

Entre las obras afectadas por este límite, conforme al art. 37bis.4 TRLPI, figuran las cinematográficas o audiovisuales que, o bien figuren en las colecciones de centros educativos, museos, bibliotecas, hemerotecas accesibles al público, archivos, fonotecas y filmotecas, o bien hayan sido producidas por organismos públicos de radiodifusión (v.gr., TVE) hasta el 31 de diciembre de 2002.

Por último, dispone el apartado séptimo de este precepto, que en cualquier momento podrán los titulares de derechos sobre una obra que haya sido declarada huérfana solicitar que se determine la terminación de tal consideración, *en lo que se refiere a sus derechos y percibir una compensación equitativa por la utilización llevada a cabo conforme a lo dispuesto en este artículo.*

Dicho lo cual, conviene tener presente que una interpretación audiovisual, por naturaleza, no puede ser huérfana. Es de esperar que, tras una búsqueda diligente, la gran mayoría de aquellas interpretaciones audiovisuales que en un principio pudieran haber sido consideradas como huérfanas, resulten a la postre completamente identificadas, así como los artistas que participan en ellas. Ello es así porque, excepto en aquellos casos en los que la fijación de la prestación artística se haya hecho sin el consentimiento del artista -siendo, por tanto, una grabación ilícita en la que no cabría recabar la autorización para su explotación-, o la información inicialmente vinculada a la grabación en relación con la identidad de los artistas que en ella participan no se haya mantenido como elemento esencial, la identidad de los artistas en una fijación audiovisual siempre será conocida.

Entendemos en todo caso que este límite está referido a obras de cierta antigüedad, con respecto a las cuales, además, y habida cuenta el diferente plazo de protección dispensado a los autores y a los artistas, la “declaración de orfandad” podrá producirse por la imposibilidad de localizar a los autores nominales o a su productor -toda vez que, si han transcurrido 50 años desde su fijación, publicación o comunicación lícita (ex. art. 112 TRLPI), los artistas habrán cesado de ostentar derecho alguno sobre sus interpretaciones, tal y como se ha expuesto en los epígrafes precedentes.

Al hilo de la posibilidad de que sobre una misma obra se hayan podido identificar y localizar únicamente a determinados titulares de derechos -tras la búsqueda diligente de rigor-, dispone el segundo párrafo del art. 37bis TRLPI, que en todo caso podrá ser utilizada la obra, con el alcance y fines indicados *ut supra*, *sin perjuicio de los derechos de los titulares que hayan sido identificados y localizados y, en su caso, de la necesidad de la correspondiente autorización*. Es decir, no es requisito indispensable para la no catalogación de una obra como huérfana el haber identificado y localizado a todos y cada uno de los titulares de derechos. Ello abunda en la tesis apuntada más arriba sobre el ámbito de aplicación de este límite, en la medida en que, a nuestro juicio, la declaración de orfandad bien podrá venir dada por la imposibilidad de identificar y localizar al titular de los derechos exclusivos concernidos (reproducción y puesta a disposición), en el caso de las obras audiovisuales el productor, pero ello no debería obstar a que el resto de titulares (autores y artistas) puedan reclamar sus derechos por el uso de tales obras.

#### - **Parodia** (art. 39 TRLPI)

El alcance y efectos de la parodia sobre las interpretaciones audiovisuales ha sido objeto de un exhaustivo análisis en el Capítulo dedicado a los derechos morales de este trabajo, al que nos remitimos, aún cuando no estrictamente referido al límite concreto previsto en el art. 39 TRLPI – el cual determina que la parodia no será considerada transformación de la obra [ni, en su caso y por analogía, atentará contra la paternidad o integridad de la interpretación audiovisual] *mientras no implique confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor*. Efectivamente, y sin perjuicio de lo expuesto en el precitado Capítulo, la parodia de una interpretación audiovisual será lícita en la medida en que no implique riesgo alguno de confusión sobre la identidad del artista que lleva a cabo la interpretación original, ni suponga una deformación, mutilación o cualquier otro atentado contra la integridad de esta última que lesione el prestigio o reputación del actor (*ex. art. 112 TRLPI*).

Lo anterior sin olvidar, en cualquier caso, que el artista no tiene reconocido como derecho patrimonial el derecho de transformación afectado por este límite.

#### **4.4.- Conclusiones parciales.**

- 1ª.- Nuestro TRLPI cuenta con un amplio elenco de limitaciones a los derechos patrimoniales del autor, igualmente aplicables a los del artista, poniendo así en equilibrio los distintos intereses involucrados, al tiempo que cumple con las principales obligaciones internacionales y europeas que incumben a España en esta materia.

- 2<sup>a</sup>.- La principal crítica en torno a los límites vendría dada por la actual configuración de la compensación equitativa por copia privada reconocida a los artistas, entre otros, por el límite a su derecho exclusivo de reproducción. Sistema absolutamente inequitativo, tanto en su configuración como en su cuantificación, así como separado de los criterios que de manera reiterada ha establecido el TJUE a este respecto.
- 3<sup>a</sup>.- Determinados límites deberían ir acompañados de una compensación equitativa a favor de todos los titulares de los derechos concernidos, tal y como sucede en los países de nuestro entorno más inmediato. Nos referimos concretamente a los usos permitidos en relación con la ilustración de la enseñanza, así como el préstamo y puesta a disposición en determinadas instituciones.

## **5.- CONCLUSIONES GENERALES SOBRE LA DURACIÓN Y LÍMITES DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES.**

De cuanto antecede podemos observar a título conclusivo que la propiedad intelectual, como cualquier otro derecho, no es absoluta sino que está sujeta a límites temporales y sustantivos que encuentran su justificación en el interés general (sobre todo en el acceso a la cultura), en la propia función social que el art. 33 CE impone a toda modalidad de propiedad y en la necesaria seguridad jurídica. Y en efecto, el TRLPI trata de armonizar todos esos intereses, mas no siempre de manera acertada, justificada y coherente:

- 1<sup>a</sup>.- De un lado y en primer lugar, como se ha dicho, una de las características esenciales de la propiedad intelectual es su temporalidad o, con mayor precisión, la temporalidad de los derechos patrimoniales que la integran. Ello significa, en esencia, que transcurrido un periodo de tiempo legalmente determinado, cesan los derechos o facultades inicialmente reconocidos al titular sobre la obra o la interpretación audiovisual, pudiendo ésta ser libremente utilizada o explotada por el público en general -esto es, la obra [o, en nuestro caso, la interpretación] pasa a formar parte del dominio público. Con dicha medida se satisfacen los objetivos marcados *ut supra*, pero nuestro TRLPI la contempla de manera dispar, incoherente y discriminatoria, de manera que hace peligrar alguno de los efectos buscados. Así y principalmente, las diferencias de trato temporal que median entre los derechos atribuidos al autor y los derechos afines o conexos van más allá de la extensión

del plazo objetivo de protección y afectan al *dies a quo*, de modo que sólo el autor se beneficia de una protección vitalicia y sus herederos de un periodo amplio de 70 años tras la muerte del autor, dando lugar a situaciones de absoluta inseguridad jurídica respecto de la protección que ampara a una misma obra y a una situación injusta, cuando menos. Por tanto, se hace de todo punto necesario proceder de *lege ferenda* a una unificación de los plazos de protección de los diversos derechos de propiedad intelectual y, con carácter urgente, respecto de todos los creadores o titulares originarios que intervienen en una misma creación intelectual, como es la audiovisual.

- 2ª.- De otro lado, si bien la introducción de unos plazos de prescripción concretos en el TRLPI en relación con la acción de reclamación de las cantidades recaudadas por las entidades de gestión colectiva ha supuesto un claro avance frente al anterior régimen –sobre todo por la seguridad jurídica que aporta-, la duración prevista en el vigente art. 155.4 TRLPI en relación con la acción de reclamación de los titulares no identificados en el reparto ha de ser objeto de crítica, tanto por el corto plazo de cinco años como por el *dies a quo*. Entendemos que un plazo más generoso, como el previsto en el art. 1.964 Cc para las acciones personales que no tengan señalado término especial (quince años), además de evitar la posible indefensión del titular, añade un *plus* de garantía a la eficacia de sus derechos.
- 3ª.- Finalmente y por lo que concierne a los límites sustantivos con los que el TRLPI acota el alcance de algunos derechos, justificados igualmente en la búsqueda de un equilibrio entre los distintos intereses involucrados, así como en cumplir con las principales obligaciones internacionales y europeas que incumben a España en esta materia, diremos que varios de esos límites cuentan con la perfecta justificación pero el que fundamenta la compensación por copia privada (art. 31.2), en relación con el artículo que regula su compensación (art. 25), constituye un sistema absolutamente inequitativo, tanto en su configuración como en su cuantificación, así como separado de los criterios que de manera reiterada ha establecido el TJUE a este respecto. A otro debate y a otro nivel de crítica pertenece la oportunidad de compensar otros usos permitidos en relación con la ilustración de la enseñanza, así como el préstamo y puesta a disposición en determinadas instituciones.

## ***CAPÍTULO VI***

### **LOS DERECHOS MORALES SOBRE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES.**

#### **1.- CONSIDERACIONES GENERALES.**

Como es sabido, y al amparo del art. 2 TRLPI, el contenido de los derechos de propiedad intelectual atribuidos a autores y artistas, en cuanto únicos titulares originarios que aportan elementos creativos al resultado intelectual (obra o creación), se manifiesta de dos formas, a saber: a).- mediante la atribución de facultades de contenido patrimonial -derechos patrimoniales o económicos-, que aportan a su titular el beneficio de obtener una contraprestación económica, ya sea consecuencia del ejercicio de un derecho exclusivo de autorizar o de un derecho de remuneración, y b).- mediante la atribución de facultades de naturaleza moral con el propósito, al menos directo, no de obtener una contraprestación económica, sino de satisfacer de un interés personal o personalísimo.

Pocos elementos como las facultades de naturaleza moral resultan tan definatorios para la propiedad intelectual del artista, en cuanto que propiedad especial, que exige, asimismo, un tratamiento o regulación también especial. No estamos ante un interés exclusivamente económico, sino que, más aún tratándose de artistas, el prestigio, la reputación y la paternidad - en cuanto que facultades morales principales- pueden llegar a ser tan importantes como los rendimientos económicos que generen sus interpretaciones audiovisuales bajo la protección de los derechos de contenido patrimonial.

Con todo, se trata de una materia que cuenta con escaso desarrollo legislativo y doctrinal, pero que con el advenimiento de las tecnologías digitales, en este caso por desgracia, cobra vigorosa actualidad. Las ilimitadas posibilidades que ofrece este nuevo contexto tecnológico para mutilar, modificar y generar contenidos virtuales han provocado una nueva preocupación por la regulación de las facultades de índole moral del artista. A este respecto cabría preguntarse, además, si para proteger el interés del artista y su personalidad, existen caminos, vías y formas de protección diferentes a las tradicionalmente conocidas bajo el paraguas de los derechos morales, cual pueda ser, *v.gr.*, a través de derechos fundamentales como el de la imagen y el

honor; o a través de derechos también fundamentales o de normas del ámbito de la publicidad y el consumo, como sucede en el sistema del *Copyright* estadounidense –*vid.* epígrafe 2.6.2 del Capítulo VIII.

El TRLPI, consecuente con lo anterior, dedica un precepto específico desde la LPI de 1987 - actualmente el art. 113 TRLPI- para abordar las facultades morales de los artistas sobre sus actuaciones, debiendo en todo caso dejar advertido que, en el caso de las interpretaciones audiovisuales, tales derechos cobran relevancia al quedar fijadas en una obra o grabación audiovisual –habida cuenta el carácter efímero de las interpretaciones actorales en vivo.

En efecto, el art. 113.1 TRLPI, bajo la rúbrica de “*Derechos morales*”, atribuye a los artistas sobre sus interpretaciones dos facultades –la de paternidad y la de integridad-, prácticamente, en los mismos términos que el art. 14 se las reconoce a los autores sobre sus obras. Amén del grado de los límites o excepciones a los que se someten tales facultades del artista, la diferencia de tratamiento respecto de las del autor radica, básicamente y una vez más, en el objeto de protección: la obra respecto del autor y la interpretación –que puede integrarse o no en dicha obra- respecto del artista.

Junto a tales facultades similares, el art. 113.2, a modo de novedad desde 1987 y de excepción respecto de otras legislaciones nacionales, atribuye al actor en este caso una facultad específica de autorizar el doblaje de su actuación en su propia lengua, en los términos que desglosaremos más adelante.

De otro lado y como no podía ser de otra manera, el derecho moral del artista, en cuanto creador de su propia interpretación o ejecución, participa de las características y responde a la misma naturaleza inherente a los derechos morales reconocidos a favor del autor, con objeto de proteger los intereses personales sobre su obra, si bien en el caso de los artistas, con el fin de proteger los intereses personales sobre su interpretación. En consecuencia, ha de determinarse en qué medida la caracterización general del derecho moral del autor puede extrapolarse a la configuración del derecho moral de artistas intérpretes o ejecutantes. Siendo así procede abordar, aún de manera sintética (pues en otro caso excedería de la órbita de este trabajo y de sus objetivos), la exégesis del derecho moral del autor y sus características.

Asimismo, considerando la especial relevancia que para el artista de la interpretación audiovisual adquiere el denominado “derecho de paternidad” y, dentro del mismo, el “nombre artístico”,

extenderemos el estudio de aquel hacia el análisis específico de este. Igualmente, dada la especial vinculación de los derechos morales y algunos derechos fundamentales -como el del honor y la propia imagen-, la parte final del presente Capítulo se dedica precisamente al estudio de las relaciones jurídicas entre ambas modalidades de derechos y su desenvolvimiento en el tráfico jurídico, lo cual constituye una novedad de tratamiento que se justifica por la singularidad del trabajo creativo del actor, en cuyo proceso utiliza a modo de recursos expresivos atributos de la personalidad –cuerpo, voz, etc.- que quedan indisolublemente vinculados, en un soporte o sistema, a la propia actividad interpretativa objeto de la fijación audiovisual.

## **2.- LAS FACULTADES DE CARÁCTER MORAL EN GENERAL: NATURALEZA Y ENCAJE CONSTITUCIONAL**

La concepción tradicional de la doctrina contempla la obra como una emanación de la personalidad del autor. El fundamento de la protección de las facultades morales, de carácter extra-patrimonial, que el autor ostenta sobre su obra y el artista sobre su interpretación, en cuanto creaciones intelectuales originales en las que respectivamente queda reflejada su personalidad, reside en la defensa de esos elementos personales que vinculan al creador con lo creado.

Sentado lo anterior, el tratamiento que se presenta bajo la rúbrica de este epígrafe no puede resultar ajeno a la extensa e histórica controversia doctrinal, jurisprudencial e incluso terminológica que ha acompañado a la institución de la propiedad intelectual o al derecho de autor en el ámbito del denominado derecho continental<sup>791</sup>. En efecto, no es posible obviar el tratamiento y las diversas teorías que, prácticamente desde el reconocimiento del denominado “derecho moral”, primero jurisprudencial<sup>792</sup> y doctrinal<sup>793</sup>, y luego sustantivo, a través de su

---

<sup>791</sup> En el sistema de *Common Law* u ordenamientos del área anglosajona, a diferencia de los sistemas de derecho continental o de tradición latina, no se basan en la protección de la obra como emanación de la propia personalidad del autor o del artista. Fundamentalmente el denominado *copyright* es un derecho de monopolio de explotación. La protección de los intereses personales del autor y del artista se ha articulado en tales ordenamientos bajo normas ajenas a las reguladoras del *copyright*, a través de las medidas contra la difamación, la falsedad o de protección del honor o prestigio, esto es y fundamentalmente, a través del derecho a la privacidad y el derecho a la publicidad, tal y como se explicará en detalle más adelante.

<sup>792</sup> Sobre la importancia y evolución de la jurisprudencia francesa, RAMS ALBESA nos ofrece un exhaustivo análisis, que le lleva a sostener cómo “fueron las resoluciones francesas del siglo diecinueve y primera mitad del veinte, sobre crisis matrimoniales de autores y artistas o con ocasión de conflictos sobre la gestión de su régimen económico-matrimonial de muebles y ganancias, las que dieron lugar a la aparición de lo que hoy denominamos derechos morales en contraposición a los patrimoniales que producen efectos plenos en el tráfico” -RAMS ALBESA, Joaquín, *En torno a los derechos morales de los creadores*, de la Colección de Propiedad Intelectual, coord. Rogel Vide, Reus, Madrid, 2003, pág. 22.

<sup>793</sup> CÁMARA ÁGUILA nos recuerda que “a través del derecho moral se trata de proteger los intereses personales del autor sobre su obra. Su reconocimiento se debe a la jurisprudencia francesa de principios del siglo XIX, y de ahí fue recibido por los países de tradición europea continental de derecho de autor. Especial papel desempeñó la doctrina alemana de finales del siglo XIX en



plasmación positiva en diversos textos legislativos de ámbito nacional e internacional, han suscitado la coexistencia de tales derechos morales con los derechos de orden patrimonial bajo el paraguas de la institución de la “propiedad intelectual” o del “derecho de autor”.

Incluso, como ya hemos visto *ab initio*, la denominación de “propiedad intelectual”, consolidada en nuestro ordenamiento a través de la promulgación de la Ley de 10 de enero de 1879<sup>794</sup>, de Propiedad Intelectual, posteriormente en el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil -que incorpora la propiedad intelectual (en sus arts. 428 y 429, hoy vigentes) como una de las propiedades especiales-, más tarde con la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en la que se reconocen por primera vez de manera expresa y sistematizada los derechos morales y, actualmente en el vigente TRLPI (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), no está exenta de críticas<sup>795</sup> ya que la misma, *prima facie*, parece identificarse más con la faceta económica o patrimonial que con las facultades morales que se reconocen a favor del creador a través de esta institución<sup>796</sup>.

---

la construcción dogmática del derecho de autor a partir del reconocimiento de los intereses personales de éste sobre su creación”. -CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Tecnos, Madrid, 2013, págs. 467 a 468.

<sup>794</sup> Con anterioridad, la Ley de 10 de junio de 1847 declaró el derecho de propiedad de los autores y traductores de obras literarias, estableciendo las reglas oportunas para su protección. Así, el art. 1º preveía que *Se entiende por propiedad literaria para los efectos de esta ley el derecho exclusivo que compete a los autores de escritos originales para reproducirlos o autorizar su reproducción por medio de copias manuscritas, impresas, litografiadas o por cualquiera otro semejante*. Y, a su vez, el art. 2, disponía: *El derecho de propiedad declarado en el artículo anterior corresponde a los autores durante su vida, y se transmite á sus herederos legítimos o testamentarios por el término de 50 años*. El art. 16, respecto a las obras dramáticas determinaba que *quedan sujetas a las disposiciones contenidas en el título 1º de dicha ley, respecto al derecho de reproducirlas, y en virtud del artículo 18, lo prevenido en los artículos anteriores sobre la reproducción de las obras dramáticas y su representación en los teatros, resultaba aplicable a la reproducción y representación de las composiciones musicales*. De este modo quedaba ligado el reconocimiento de los autores de obras literarias e, incluso, de las dramáticas, con el concepto de propiedad.

<sup>795</sup> Desde la doctrina se han propuesto como alternativas a tal denominación otras como la de “derecho de autor”, “derechos intelectuales”, bajo la justificación de dar cabida a las especiales facultades personales, inalienables, imprescriptibles e inembargables que caracterizan al derecho moral. GONZÁLEZ LÓPEZ refiere la evolución y distintas posiciones doctrinales que cuestionan la denominación consolidada en nuestra ley -GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela, *Derecho moral del autor en la Ley española de propiedad intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 32 a 38.

Con anterioridad, BAYLOS ya había advertido las discrepancias terminológicas, suscitadas desde antiguo, señalando cómo “la expresión propiedad intelectual refleja la posición de los iusnaturalistas revolucionarios del siglo XVIII al proclamar el derecho de autor como una de las propiedades más legítimas y naturales, y aun de los iusnaturalistas anteriores, que desde el siglo XVII denominan al autor propietario”. Recuerda los celos que la denominación propiedad intelectual suscita en la doctrina alemana, “por un lado, por su resistencia a admitir que el derecho de autor sea una verdadera propiedad; de otro, ante el significado puramente patrimonialista del término propiedad, frente a la expresión alemana *Urheberrecht* o derecho de autor, cuyo contenido está integrado por una serie de facultades, no sólo de índole patrimonial, sino también personal y moral”. Sin embargo apunta que no faltan en la bibliografía alemana referencias al equivalente a la denominación propiedad intelectual (*geistiges Eigentum*). Señala, asimismo, cómo el derecho anglosajón utiliza el término más restringido de *Copyright*. Y, por último, apunta que la concepción francesa hace equivalentes las expresiones *propriété intellectuelle* y *droit d’auteur* -BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial*, 2ª ed., *óp. cit.*, págs. 81 y 82. Sobre la cuestión de la terminología, a su vez, *vid.*, VEGA VEGA, José Antonio, *Protección de la Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, págs. 83-95.

<sup>796</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO expone cómo la denominación derecho de autor, generalizada en el derecho comparado, se ha venido a considerar como más adecuada para superar la concepción que atribuye al autor un derecho de propiedad sobre su obra. Con ello, -manifiesta el citado autor-, se ha pretendido abundar en el rechazo de la consideración del derecho derivado de la propiedad intelectual como un mero derecho de propiedad, olvidando así la dimensión espiritual de la obra y su consiguiente incidencia sobre el derecho que la protege. Considera que “la opción de nuestros legisladores en esta cuestión sea tan criticable”. Admite que, “en principio, el derecho de propiedad intelectual no es adecuado para dar cabida a facultades o poderes jurídicos de naturaleza moral. El derecho de propiedad es el derecho patrimonial por excelencia. La denominación derecho de autor es más

También la relación entre las facultades morales con aquéllas de orden patrimonial que se atribuyen al autor y al artista ha suscitado una amplia controversia sobre su propia naturaleza<sup>797</sup>, planteándose, incluso, la dicotomía entre dos derechos distintos (tesis dualistas), o la existencia de un único de derecho subjetivo con facultades de diversa índole que se complementan entre sí (tesis monistas)<sup>798</sup>. Las consecuencias jurídicas de optar por un planteamiento dogmático u otro, fundamentalmente, tendrán su reflejo en la determinación de la naturaleza jurídica de los “derechos morales” y en su categorización como facultades de carácter personal integradas en el instituto de la propiedad intelectual, o en su calificación como derechos de la personalidad, o, incluso, un *tertium genus* con origen en aquellas tesis que abogan por calificar los derechos intelectuales como un derecho singular y autónomo<sup>799</sup>.

El análisis en profundidad y descripción de la casuística y matices que caracterizan las distintas opiniones doctrinales que se inclinan a favor de una u otra tesis -monismo o dualismo-, sobre cuya clasificación tampoco existe consenso, excede de la finalidad de este trabajo. En cualquier caso, su importancia hoy en día ha de ser relativizada a la vista de la evolución experimentada en

---

descriptiva y aséptica y, consecuentemente, se presta mejor a contenidos de cualquier tipo, incluidos los de índole personalísima o moral. No obstante, puede adolecer de las dificultades derivadas de la falta de una conexión suficiente con el resto del ordenamiento, o de prestar una aparente independencia conceptual, detrás de la cual se encuentre su dependencia con respecto a otras categorías y conceptos jurídicos independientes” -BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., *óp. cit.*, pág. 21.

ROGEL VIDE resta valor a tal debate y críticas, por considerar que “la contraposición entre propiedad intelectual y derecho de autor es más aparente que real, pues, con los términos citados, se está haciendo referencia –en su opinión– a dos aspectos distintos y complementarios de una misma y compleja cuestión. En efecto, cuando se habla de “derecho de autor” se hace referencia al sujeto titular; cuando, por el contrario, se habla de “propiedad intelectual” se hace referencia al contenido del derecho mismo. Cabe zanjar, por ello, la aparente contradicción señalando que los autores tienen un derecho de propiedad intelectual sobre las obras que han creado” -ROGEL VIDE, Carlos, *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*, Biblioteca de Derecho Privado, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 17.

<sup>797</sup> Las diversas tesis y su contraposición han sido objeto, a su vez, de un prolijo estudio por la doctrina. Entre los anteriores merece una mención especial, por su amplitud y rigor, el análisis que realiza BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, en *Tratado de Derecho Industrial*, *óp. cit.*, al que dedica el Título I de la Parte II, sobre *Doctrinas sobre la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales*.

<sup>798</sup> Resumiendo el debate doctrinal sobre este asunto, ANTEQUERA PARILLI señala “que existen tesis tan diversas como las de considerarlo una propiedad, un derecho de la personalidad, un derecho *sui generis* sobre bienes inmateriales, un derecho doble donde cada una de sus categorías tiene su propia esencia o un derecho nuevo que se aleja de la clasificación tradicional de los derechos, considerándose que constituye una figura jurídica compuesta de dos elementos de distinta naturaleza, los cuales se unen en una síntesis propia y se manifiestan en una acción recíproca, de modo que se trata de una cuarta categoría de derechos, los derechos intelectuales, integrados por dos elementos: uno personal, intelectual o moral y otro patrimonial o económico” - ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de derecho de autor*, *óp. cit.*, pág. 10.

<sup>799</sup> Así BAYLOS apunta la dificultad especial de la inclasificabilidad de los derechos intelectuales, y sostiene que “son derechos peculiares, *sui generis*, diferentes de los demás tipos, ya clasificados y consagrados, de derechos subjetivos. No es factible servirse para su caracterización de las categorías tradicionales estereotipadas”. Todo ello, según el citado autor, “hasta el punto de que para ellos no parecen resultar apropiadas ni siquiera las determinaciones más generales, al rebasar incluso la *summa divisio* de los derechos subjetivos en extrapatrimoniales y patrimoniales, ya que tienen a la vez ingredientes de estos dos grandes grupos. Los derechos intelectuales han de hacerse cargo al mismo tiempo de los intereses espirituales y personales del autor y de sus intereses económicos, pues ambas clases de intereses se concitan en la obra o creación y han de ser atendidos por la tutela jurídica”.

Para BAYLOS “La solución de diversificar cada una de estas figuras, desdoblándolas en dos tipos de derechos, uno de carácter personal, y otro, de contenido patrimonial, no es satisfactoria, llegando a originar la desnaturalización de su concepto, al hacer, de las manifestaciones de un núcleo esencial único de poder jurídico, derechos diferentes. Es todo el problema de la distinción entre un derecho moral y un derecho patrimonial” -BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*, 2ª ed., *óp.cit.*, pág. 55.

los últimos años por las normas nacionales y supranacionales en la materia, así como por el desarrollo de la realidad económica y de mercado en que han de ser aplicados los derechos de propiedad intelectual, y por el progreso de la propia doctrina.

La disociación entre derechos distintos, en el ámbito dogmático, cuenta con seguidores y detractores<sup>800</sup>, no obstante, como nos recuerda BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, hoy en día predomina la tesis unitaria (la monista frente a la dualista) que, aún admitiendo la coexistencia de facultades morales y facultades patrimoniales o de explotación, se pronuncia a favor de la existencia de un único derecho (subjetivo) a favor del autor de su obra<sup>801</sup>.

Tampoco existe consenso en la doctrina respecto al criterio acogido en nuestro ordenamiento, ya que para algunos autores claramente este se encuadra dentro de la concepción dualista. Otros, en cambio, a través de una interpretación finalista, superan ese ánimo de categorización dogmática, para concluir que en realidad nuestra Ley contempla un derecho subjetivo único, el de propiedad, especial en todo caso, del que emanan un conjunto de facultades diversas, unas de carácter moral y otras de carácter patrimonial.

En esta línea señala RAMS ALBESA que “en nuestra vigente Ley de Propiedad Intelectual y por cuanto hace referencia a los arts. 1º y 2º; los arts. 14 y siguientes; y también los arts. 17 y siguientes, resulta evidente que tiene como antecedente próximo la Ley francesa de 1957 y se nutre en lo dogmático de la teoría del doble derecho; referencia literal del art. 2º. Ahora bien, no hay que echar en saco roto dos aspectos que ocupan un lugar señero en nuestra regulación de los derechos de autor; de una parte, el concepto mismo de propiedad, que al decir de la letra del art. 2º está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial; es decir, hablamos de un derecho subjetivo único, aunque compuesto por distintas facultades, como tantos otros, que aquí se definen en función del juego que les asigna en el tráfico de bienes incorpóreos (lo mismo ocurre con el art. 348 Cc al tratar de definir la categoría general de la propiedad con la finalidad de dar entrada secuencial a los derechos reales limitados y a los modos de adquirir, según el esquema original de exposición que presenta nuestro Código). De otro lado, la finalidad buscada, que es la de limitar la transmisión a los derechos de explotación (art. 43) y declara

---

<sup>800</sup> “La principal diferencia entre una y otra posición dogmática se encuentra en la unicidad o dualidad del régimen jurídico al que ambas someten los derechos que integran los derechos de autor. Siguiendo el paradigma que representan el Derecho francés y alemán, en el primero de ellos, los derechos morales tienen como características ser inalienables e irrenunciables, incluso perpetuos en algunos casos. En cambio, los derechos patrimoniales tienen una duración temporal limitada y pueden ser transmitidos por el autor. En el segundo –Derecho alemán–, se parte del carácter inescindible de los elementos que conforman el derecho de autor. De este modo, se entiende que el derecho de autor en su conjunto es intransmisible inter vivos, y goza del mismo plazo de protección -CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *Comentarios al Convenio de Berna*, *óp. cit.*, pág. 468.

<sup>801</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., *óp. cit.*, pág. 21.

intransmisibles los derechos morales (art. 14), con la corrección parcial del art. 15 para hacer posible su transmisión *mortis causa*”<sup>802</sup>.

Transitando por aspectos destacados en la anterior línea doctrinal, sienta LACRUZ BERDEJO el criterio que se sigue a lo largo de este trabajo, esto es, que la propiedad intelectual queda descrita como un todo (concepción monista) integrado por derechos -o facultades- de carácter personal -moral o espiritual- y patrimonial. En efecto, LACRUZ BERDEJO sostiene que “los llamados derechos de carácter personal y patrimonial que el art. 2º integra en una unidad superior -la propiedad intelectual- no constituyen derechos subjetivos independientes formando parte de un complejo superior más o menos artificial, sino que nacen como fracción de un derecho subjetivo único del que emanan en calidad de simples *facultades* a las que la Ley otorga el apelativo de derechos por ser posible su disfrute autónomo a título de obligación o incluso -con mayores limitaciones que en el caso del dominio- de *ius in re aliena*; y asimismo su defensa independiente y aislada. Pero ello, siempre a partir de que existen en cuanto parte de un total y único derecho de autor: de aquella titularidad compleja sobre la obra que ‘corresponde al autor por el solo hecho de su creación’ (art. 1º), es decir, una “propiedad” única en la cual los aspectos pecuniarios o posibilidades económicas de actuación y aprovechamiento, sí pueden constituirse en su caso en derechos autónomos y defenderse uno a uno siempre que sean lesionados, no pierden por ello su condición vocacional e imprescindible de proyección de un núcleo del que solo en cierta medida pueden permanecer separados y al que se incorporarán cuando cesen de pertenecer a su titular temporal”<sup>803</sup>.

De otro lado, y a nivel doctrinal, se ha defendido, a su vez, una diferente ubicación o protección dentro del marco de los derechos protegidos constitucionalmente<sup>804</sup>. Para un sector de la doctrina<sup>805</sup>, el derecho moral de autor es considerado como un bien de la personalidad, cuando en realidad se trata de un derecho “personalísimo”, cuya finalidad y objeto o bien jurídico protegidos difieren respecto de aquellos.

---

<sup>802</sup> RAMS ALBESA, Joaquín, *En torno a los derechos morales*, *óp. cit.*, pág. 39.

<sup>803</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Comentarios a Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 31.

<sup>804</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, tras admitir que no parece dudosa la naturaleza dominical de los derechos de autor, en lo que al monopolio de explotación se refiere, pone de manifiesto cómo “a lo largo del siglo XX, con la adopción internacional de ciertos derechos morales, y la expansión nacional del reconocimiento de los derechos de la personalidad (en la legislación común, pero también en la legislación de los derechos de autor) el concepto y fundamento legal de ciertos derechos de autor se ha venido complicando, hasta el punto que cierta doctrina no llega a un acuerdo sobre el fundamento constitucional de los llamados derechos morales de autor, no los llamados derechos de explotación, cuyo monopolio encuentra explicación satisfactoria como especie de propiedad intelectual” -RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, 2007, *óp. cit.*, pág. 47.

<sup>805</sup> Esta corriente cuenta con el apoyo de relevantes juristas y su tratamiento ha sido igualmente prolijo, tal y como expone, entre otros, ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Cuadernos Civitas, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 19 y ss.

A este respecto, la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de marzo de 1996<sup>806</sup>, abandonó la línea seguida por dicha Sala en resoluciones anteriores que rechazaban la consideración de la propiedad intelectual como uno de los derechos fundamentales previsto en el art. 20 CE. Dicho lo cual, no obstante, en sentencias posteriores, el Alto Tribunal abandona tal nota discordante, al volver a considerar la propiedad intelectual como un derecho subjetivo único, derecho de propiedad especial previsto en el art. 429 Cc, integrado por facultades morales y patrimoniales.

Asimismo, en su Sentencia de 3 de junio de 1991 el Tribunal Supremo recoge la concepción unitaria del derecho de autor y declara que “es inescindible y ha de ser contemplado en unicidad, tiene un contenido plural de facultades propias y proyecciones –abundando en lo expuesto–, que pueden encuadrarse en dos grupos: a) uno de contenido patrimonial, derivado de la explotación económica de la obra, y nos lleva a la configuración de derechos previstos y protegidos en el Ordenamiento Jurídico y en la consideración de propiedad especial; y b) otro contenido, de carácter personal, que son las facultades o derechos morales de los autores, como consecuencia de la paternidad de las obras, que por su talento, arte, inspiración e ingenio, han logrado realizar”.

En el mismo sentido, en su Sentencia de 2 marzo de 1992, el Alto Tribunal aboga por la existencia de una institución única, la del derecho de autor o propiedad intelectual, con facultades de distinta índole que se aglutinan bajo un único derecho subjetivo, negando las tesis personalistas.<sup>807</sup>

---

<sup>806</sup> STS 1954/1996, de la Sala Primera, del Tribunal, que en su fundamento de derecho segundo afirma: “Es cierto que la Constitución reconoce y protege el derecho a la producción y creación artística en el art. 20.1 b) y que, para su desarrollo y adaptación a las tendencias predominantes en los países miembros de la Comunidad Europea, se promulgó la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, correspondiendo tal propiedad al autor de la obra artística por el solo hecho de su creación (art. 1), expresada por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía (art. 10.1 h) y correspondiéndole el derecho a exigir respeto a su integridad y los derechos de explotación ( art. 14.4º y 6º, y art. 17)...”

<sup>807</sup> “Para resolver la cuestión planteada es indudable que, cual hacen las sentencias de instancia, ha de partirse del derecho moral de autor y aunque el CC encuadre los derechos sobre la obra producto de la inteligencia dentro de las propiedades especiales (libro II, título IV, capítulo III, arts. 428 y 429 de la propiedad intelectual) y la Ley que la desarrolla, la vieja Ley 10-1-1879, reciba también esa denominación (Ley de Propiedad Intelectual), no cabe duda de que el derecho moral de autor, no recogido con esa expresión literal en ninguno de los textos citados, sí se desprende de su articulado, siendo pacífico hoy día que el derecho de autor es un derecho subjetivo, de carácter absoluto, con monopolio jurídico, temporalmente limitado y que no tiene exclusivamente naturaleza patrimonial o económica, pues junto a tal aspecto, tiene un contenido extra-patrimonial que no es otro que el derecho moral antes aludido, con facultades personalísimas, aunque no sea derecho de la personalidad por carecer de la nota indispensable de la esencialidad, al no ser consustancial o esencial a la persona, dado que no toda persona es autor; pero creada la obra de arte, no puede desconocerse su vocación o llamada a la exteriorización, aspecto material del derecho inmaterial que al autor asiste, de forma tal que en todo contrato en el que se tienda a la difusión de la obra creada ha de contemplarse ese doble aspecto patrimonial y espiritual o moral, comprendiendo éste la paternidad de la obra, su integridad, la reputación y buen nombre de su creador, etc., en cuanto que jurídicamente las obras de la inteligencia son una derivación y emanación de la personalidad, aspecto en modo alguno negado por la vieja Ley aludida, ni por el Cc” -STS de 2 de marzo de 1992.

Tesis que, abandonando el criterio sustentado en la STS de la Sala Primera de 29 de marzo de 1996 -en la que se admitía la protección de la propiedad intelectual a través del art. 20 de la Constitución-, se reafirma de manera contundente en la más reciente STS núm. 1190/2006, de 29 noviembre, de la Sala de lo Civil, Sección 1ª, al declarar que: “La jurisprudencia de esta Sala, dado que los derechos de autor recaen sobre un bien inmaterial, reconoce que las facultades que los integran son independientes y compatibles con la propiedad y los demás derechos que tengan por objeto la cosa material o recaigan sobre ella (STS de 20 de febrero de 1998). Esto no es obstáculo para la configuración del derecho de autor como un derecho subjetivo de carácter absoluto, aunque temporalmente limitado, el cual no tiene exclusivamente naturaleza patrimonial o económica (STS de 2 de marzo de 1992), y comprende las manifestaciones que recoge la LPI (a la que se remite el art. 429 Cc), entre las cuales figura el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de la obra y, en especial, los derechos de la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación (art. 17 TRLPI)”.

El derecho moral, en efecto, está formado por un conjunto de facultades “personalísimas”, que surgen con la creación y se protegen al amparo de un derecho de propiedad especial (art. 33 CE), pero no constituye un derecho de la personalidad, porque no recaen sobre las cualidades o atributos de la persona, sino sobre un objeto externo, que es la obra o la prestación artística (la actuación artística fijada en un soporte o sistema). El bien jurídico protegido por el derecho moral es la creación y el vínculo personalísimo que une al autor o al artista con el resultado de su actividad creativa, pues en ella se ve reflejada su personalidad, su impronta personal, que, además, hace que cada creación sea diferente a cualquier otra y, por tanto, original y susceptible de amparo por el derecho de autor (propiedad intelectual).

Otra de las cuestiones que ha suscitado un intenso debate entre la doctrina científica, sobre todo a raíz de la promulgación LPI de 1987, es sobre el encuadre en la constitución de la Propiedad intelectual en general y de las facultades morales en particular.

Al hilo del anterior debate acerca de si las facultades morales constituyen una manifestación de los derechos de la personalidad se ha llegado a defender, -a nuestro entender erróneamente, y así también lo considera la doctrina más autorizada al respecto: ROGEL VIDE, BERCOVITZ

RODRÍGUEZ-CANO, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>808</sup>, LACRUZ BERDEJO<sup>809</sup>, RAMS ALBESA-, que la propiedad intelectual aparece recogida en el art. 20.1.b) de la Constitución española de 1978, destinado a la protección de los derechos a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. Precepto que se comprende en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero, “De los derechos fundamentales y libertades públicas”. Sin embargo, en opinión de la doctrina mayoritaria y en la nuestra, concurren argumentos de peso para mantener que la propiedad intelectual halla amparo constitucional en el art. 33 de la Constitución. Entre ellos, cabe destacar los siguientes<sup>810</sup>:

- Primero y fundamentalmente, porque la propiedad intelectual (Derecho de autor o *Copyright*) es una institución que protege el resultado de la actividad creativa, no el proceso creativo.
- La unicidad de la institución de la propiedad intelectual, *ex art. 2 TRLPI*, frente a la artificiosa escisión de los derechos morales frente a los patrimoniales, que atribuye autonomía propia al derecho moral.
- La no concurrencia del requisito de “esencialidad” a la persona que se predica de los derechos de la personalidad.
- Se denomine la institución “propiedad intelectual” -como en España-, “Derecho de autor” -como en la Europa continental, América Latina, etc.-, o “*Copyright*” -como en los países del

<sup>808</sup> Para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, “es dudoso que las facultades que componen el llamado ‘derecho moral’ de los autores, puedan ser configuradas como un ‘derecho de la personalidad’. Quizá conviniera, en este punto, desvanecer un equívoco que ha podido producir en la ciencia jurídica una terminología de alguna manera confusa. La confusión procede seguramente de equiparar las ideas de ‘derechos estrictamente personales’ o de ‘derechos personalísimos’ y ‘derechos de la personalidad’. De un ‘derecho personalísimo’ se habla cuando el ejercicio y la defensa de una determinada situación de poder sólo puede ser realizada por el propio titular: un derecho es personalísimo cuando su ejercicio no puede ser confiado a otro. El carácter de personalísimo encierra una idea de infungibilidad, de imposibilidad de sustitución. Esto se observa cuando se habla de una prestación o de un *facere* de carácter personalísimo para designar aquellas conductas que sólo por el deudor pueden ser realizadas. Este carácter personalísimo, por lo mismo que lleva implícita la idea de insustituibilidad, implica también la imposibilidad de disponer del poder jurídico que es, por esto mismo, intransmisible, inalienable e irrenunciable. (...) La obra intelectual, la obra del ingenio no es un bien de la personalidad. Es algo creado por la persona, pero perfectamente distinto y separado de ella.” -DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho civil, vol. III, Derecho de cosas, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, pág. 213.

<sup>809</sup> Para LACRUZ BERDEJO “La propiedad intelectual, frente al derecho de la personalidad, supone no una connotación del individuo, sino una extrinsecación de su pensamiento y acaso de su arte; una exteriorización que se realiza posiblemente a través de un *corpus mechanicum*, como si el autor consigna su obra en unas cuartilla manuscritas o mecanografiadas, o bien a través del gesto y/o el sonido- el actor interpreta la obra ajena o propia, hablada o cantada-que se filman: en cualquier caso queda algo que existe con independencia de la persona: un *corpus* que a su vez no es la prestación misma intelectual o artística, sino su vehículo. Es la exteriorización el objeto de la propiedad intelectual, derecho que recae sobre un ente distinto de la persona, siquiera por su reflejo sobre ella, sobre la conceptualización y ubicación social y ésta, permita invocar en su favor preceptos relativos a la defensa de la persona: del honor y de la propia identidad, sobre todo” -LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Comentarios a Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 31.

<sup>810</sup> *Vid. Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., *óp. cit.*, págs. 18 y 19.

*Common law*-, todos los sistemas coinciden en proteger el resultado creativo -como se ha dicho- y lo hacen a modo de garantía de incentivos de contenido económico y espiritual, en cuanto que dicho resultado es susceptible de explotación comercial y en cuanto que dicho resultado también es susceptible de ser atacado en su integridad, paternidad, etc., por tratarse de un objeto con capacidad pasiva para recibir tales ataques, en tanto que los mismos no caben respecto del proceso creativo, cuyo bien jurídico protegido es otro *ex art. 20.1.b) CE*.

- El derecho previsto en el art. 20.1.b) CE, en efecto, “reconoce y protege” la libertad a la producción y creación literaria, aspecto previo a la creación exteriorizada que protege la propiedad intelectual. El anterior precepto constitucional no reconoce derecho alguno sobre lo creado (la obra o la interpretación).
- La propia Constitución contiene referencias expresas a la propiedad intelectual en otros preceptos (*v.gr.*, 149.1. 9ª), cuyos ámbitos están desconectados del art. 20 y, sin embargo, conectados, siquiera indirectamente, con el art. 33.
- El Código civil incluye a la propiedad intelectual como una propiedad especial, dentro de su Libro II.
- *La función social de estos derechos –el de propiedad privada y hereditario- delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes* (art. 33.2 CE), lo cual lleva a cabo el TRLPI a través de una serie de exclusiones (art. 13); límites temporales (arts. 26 a 30, 98, 112, 119, 125, 127, 128, 130 y 136); el dominio público (art. 41); límites y excepciones a los contenidos sustantivos de los derechos patrimoniales (arts. 31 a 40 bis, 100, 135, 161); además del principio de favorecimiento del interés general de la protección de la propiedad intelectual en España (art. 148.c) a la hora de autorizar una entidad de gestión. Medidas legales todas ellas que afianzan la función social de esta propiedad especial que, además, siendo como es que sostiene todo el tejido cultural del país, no cabe duda del servicio relevante que presta al interés general.
- Tanto los derechos patrimoniales por todo el plazo de protección, como las acciones de defensa de las facultades morales, son transmisibles *mortis causa*, cualidades que entroncan con la propiedad privada en general y con la herencia, *ex art. 33.1 CE*, y que no cabe predicarse de los derechos personalísimos del art. 20.1.b) CE.



- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010, en su art. 17.7 incluye la propiedad intelectual en el derecho de propiedad. En cambio el reconocimiento de las artes y de la ciencias se incorpora en su art. 13.
- Ni la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 –que es preconstitucional-, ni la posterior de 1987, ni más tarde el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el TRLPI, ostentan el rango de ley orgánica que precisan el desarrollo de los derechos fundamentales ex art. 81.1 CE.

Ya en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 9 de diciembre de 1985 (el tan manido caso de Pablo Serrano), la Sala desestimó la acción planteada por el escultor basada en una vulneración de la libertad de creación como manifestación de la libertad de expresión (art. 20.1.b) CE). El Alto tribunal consideró que una cosa era el derecho a crear, como derecho fundamental, y otra la protección sobre lo creado amparada por la propiedad intelectual.

Así pues, el derecho moral está formado por un conjunto de facultades “personalísimas”, ya que nacen de un derecho de propiedad especial, pero no constituye un derecho de la personalidad, porque no recae en una cualidad de la persona, sino sobre un objeto externo producto de su creación intelectual<sup>811</sup> (la actuación artística fijada en un soporte o sistema). Cuestión distinta es que las facultades que integran una u otra modalidad de derechos compartan similares atributos o caracteres como son su irrenunciabilidad e inalienabilidad.

Con todo, y como se verá con mayor detalle, conviene tener presente desde el principio que, aún compartiendo características y estando vinculados en un mismo soporte o sistema, cada una de esas dos modalidades de derechos ofrecen una naturaleza, un objeto o bien jurídico protegido y una finalidad bien diferentes. Se trata de derechos claramente distintos que, al quedar unidos indisolublemente sus respectivos objetos de protección, plantean un conjunto de relaciones jurídicas y fácticas de indudable valor para el estudio de la materia y por ello, más adelante, le dedicaremos ampliamente nuestra atención y análisis.

---

<sup>811</sup> GONZÁLEZ GONZALO, Alfonso, *La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual*, Colección Estudios de Derecho Privado, dirigida por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Comares, Granada, 2001, pág. 223. En este sentido, compartimos también la docta opinión de ROGEL VIDE, al afirmar que “la propiedad intelectual no es un derecho fundamental, un derecho de libertad, una libertad pública. Tampoco es, en opinión de la mejor doctrina, a la que me acojo, un derecho de la personalidad...” - ROGEL VIDE, Carlos, *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*, *óp. cit.*, pág. 20.

### 3.- MARCO NORMATIVO DE LOS DERECHOS MORALES EN GENERAL: ANTECEDENTES Y REGULACIÓN ACTUAL.

#### 3.1.- Antecedentes internacionales.

En el ámbito supranacional, la incorporación del derecho moral de los autores al Convenio de Berna, en su art. 6. bis, tuvo lugar en la revisión de Roma de 1928, con cambios añadidos en la Revisión de Bruselas de 1948 y en la Revisión de Estocolmo de 1967. Bajo la denominación de derechos morales se incardinan en el citado artículo dos facultades: a) el derecho de reivindicar la paternidad de la obra; y b) oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. El primer párrafo reconoce la independencia respecto a los derechos patrimoniales del autor, incluso después de la cesión de los primeros<sup>812</sup>.

El plazo de protección se extiende *por lo menos* hasta la extinción de los derechos patrimoniales del autor, y la legitimación para su ejercicio se deja en manos del Estado en que se reclame la protección, a través de las personas o instituciones que designe la legislación nacional. Sin embargo, para los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación o adhesión al tratado no contenga disposiciones relativas a la protección de estos derechos después de la muerte del autor, se respeta la facultad de establecer que alguno o algunos de los mismos no serán mantenidos después de su muerte. Los medios procesales para la defensa de los derechos de “paternidad” e “integridad” estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección.

---

<sup>812</sup> “La versión original de Roma del ‘derecho de integridad’ decía así: [el derecho] ‘de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación’. En la Conferencia de Revisión de Bruselas de 1948, se completó en cierta medida de la siguiente forma: [el derecho] ‘de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación’”. Explica FICSOR cómo una de “las razones por las que se señalaron los conceptos del honor y la reputación como valores básicos cuya protección era la razón de ser de este derecho fue que esto permitiría a los países del *Comon law* aplicar este derecho (parecería que esos países solo estaban interesados en proteger este derecho sobre la base de las instituciones jurídicas vigentes como la protección de los derechos de la personalidad, la protección contra la difamación o la protección contra la competencia desleal)”. Y añade que, “en la Conferencia de Revisión de Bruselas de 1948, se hizo la aclaración de que la protección debía abarcar no solo el honor y la reputación del autor como autor (en estrecha relación con la calidad de su obra como tal) sino también su honor y su reputación como ser humano (que concierne también aspectos como el contexto- por ejemplo, una situación muy tensa políticamente- en el que se usa la obra). Se destacó que una de las razones que indujo la inclusión de la nueva frase en la conferencia fue que se quiso poner de relieve este elemento”. La declaración que aprobó la conferencia a ese respecto dice así: “El autor tendrá el derecho de incoar una acción contra los actos que puedan causar perjuicio a su honor y su reputación; en el debate quedó claro que el autor debe estar protegido no solo en su capacidad de escritor, sino también en el papel que desempeña en el ámbito literario: es la razón por la que se ha añadido que el autor podrá oponerse a cualquier atentado a su obra, entendiéndose que significa cualquier acción susceptible de causar perjuicio a la persona mediante la deformación de su obra” -FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 45.

Para FICSOR, la declaración de independencia de los derechos patrimoniales y los derechos morales constituye “una indicación de que el Convenio se adhiere al principio del “dualismo” (en lugar del principio del “monismo” de conformidad con el cual estas dos categorías de derechos son partes de una unidad inseparable de derechos)”<sup>813</sup>. Según explica FICSOR<sup>814</sup>, esa declaración de independencia, se incluyó en el Convenio con ocasión de la Conferencia de Revisión de Roma de 1928, y desde entonces, tras introducirse una modificación relativamente de menor importancia en la Conferencia de Revisión de Bruselas de 1948, ha permanecido tal cual<sup>815</sup>.

En último lugar, el referido art. 6. bis en su párrafo 3) establece la libertad de los Estados respecto a los medios procesales para la defensa de los derechos morales, lo que, según FICSOR, “parece ofrecer una confirmación más para los países del *Common law* de que pueden cumplir sus obligaciones por medio de las instituciones jurídicas vigentes”<sup>816</sup>.

No obstante el anterior antecedente internacional respecto de los autores, la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961, no regula de manera expresa el derecho moral de los artistas<sup>817</sup>.

La protección del derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes en el ámbito internacional se articula por primera vez en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, en su art. 5, siquiera limitado a las interpretaciones o ejecuciones sonoras en vivo o fijadas en un fonograma.

---

<sup>813</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados óp. cit.*, pág. 46. Siguiendo esa misma interpretación, el art. 5, tanto del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, como del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, adoptado el 24 de junio de 2012, contienen idéntica declaración de independencia de los derechos morales respecto de los patrimoniales, por lo que cabría entender que se acogen, igualmente, al principio dualista.

<sup>814</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados, óp. cit.*, pág. 45.

<sup>815</sup> En este sentido, añadir que a pesar de que el Convenio de Berna opte por el sistema dualista, en realidad, el mismo articula una fórmula de consenso que posibilita su adopción tanto por aquellos Estados que comparten tal sistema dualista en sus normas nacionales, como por parte de aquellos Estados en cuyos ordenamientos está previsto – como es nuestro caso- un sistema de derecho de autor caracterizado como una propiedad de carácter especial, integrada por haz de facultades diversas, unas de índole moral y otras de carácter patrimonial. En todo caso, la específica regulación del derecho moral contenida en el citado artículo 6. bis, no permite extraer conclusiones, extrapolables a todo tipo de ordenamientos, sobre la naturaleza de los derechos morales, ni criterios generales que zanjen las divergencias advertidas respecto a la conceptualización del derecho moral. Ello es lógico, por otro lado, teniendo presente, como nos recuerda CÁMARA ÁGUILA, que “el Convenio no busca realmente crear reglas materiales aplicables a la protección del derecho moral, dejando la cuestión en manos de los Estados” - CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *Comentarios al Convenio de Berna, óp. cit.*, pág. 472, con referencia, a su vez, a LUCAS, André y LUCAS, Henri Jacques, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, Paris, 2006, pág. 967.

<sup>816</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados, óp. cit.*, pág. 46.

<sup>817</sup> Tan sólo en su artículo 11, “Formalidades relativas a los fonogramas” -formalidades a las que la Convención de Roma no atribuye, por otra parte, carácter obligatorio alguno- se recoge la mención obligatoria del nombre del titular de los derechos de los artistas en el país en que se haga la fijación, “cuando los ejemplares o sus envolturas no permitan a los principales intérpretes o ejecutantes”. Lo mismo se establece respecto al titular de los derechos del productor del fonograma.

Respecto a las interpretaciones audiovisuales, el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, adoptado por la Conferencia Diplomática sobre la Protección de las Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, en Beijing el 24 de junio de 2012, en el art. 5 contiene una regulación muy similar al WPPT, a excepción de la condición a que está sometido el derecho de integridad para las interpretaciones audiovisuales, habida cuenta que deberán tomarse debidamente en consideración la naturaleza de las fijaciones audiovisuales<sup>818</sup>.

La redacción de ambos artículos es similar al art. 6, bis 1º del Convenio de Berna, que señala que el derecho a la integridad de la obra se limita a que el atentado cause un perjuicio al honor o reputación del autor. Las diferencias entre el art. 6 bis del Convenio de Berna, y la redacción del art. 5 del WPPT –coincidente, como hemos dicho, en su esquema general con el art. 5 del Tratado de Beijing, salvo las particularidades relativas a la naturaleza de las fijaciones audiovisuales que habrán de tenerse en cuenta para el ejercicio del derecho de integridad-, radican en que estos últimos no hacen extensivo el derecho a oponerse a la modificación cuando pudiera causar un perjuicio al honor, quedando limitado al perjuicio a la reputación del artista, ni a “cualquier otra causa” distinta de las enumeradas expresamente.

La justificación de lo anterior, tal y como apunta FICSOR, “no está suficientemente clara, puesto que parece raro que una acción perjudique la reputación de un artista intérprete o ejecutante sin afectar de modo parecido a su honor. Sin embargo durante las negociaciones informales, se hizo referencia a las parodias, y se hizo hincapié en que no sería adecuado permitir a los artistas intérpretes o ejecutantes oponerse a las parodias citando posibles perjuicios a su honor”<sup>819</sup>. Para el citado autor, no obstante, tal extremo no parece muy convincente. “Una parodia se relaciona más con la reputación de un artista intérprete o ejecutante que con su honor, puesto que, en general, ésta se refiere a algún elemento estilístico o similar considerado característico del artista”. Por ello concluye que la “diferencia del lenguaje obedece más bien a la intención de señalar que, en el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, las condiciones para la protección

---

<sup>818</sup> Otro aspecto diferencial esencial entre el tratamiento de las interpretaciones fonográficas y audiovisuales se halla en la Declaración concertada al artículo 5 del Tratado de Beijing, que introduce importantes restricciones respecto a esta últimas, ya que “queda entendido que, habida cuenta de la naturaleza de las fijaciones audiovisuales y de su producción y distribución, las modificaciones de una interpretación o ejecución que se efectúen durante la explotación normal de la interpretación o ejecución, tales como la edición, la compresión, el doblaje, o el formateado, en medios o formatos nuevos o existentes, y que se efectúen durante el uso autorizado por el artista intérprete o ejecutante, no serán consideradas como modificaciones en el sentido del artículo 5.1.ii). Los derechos contemplados en el artículo 5.1.ii) guardan relación solamente con los cambios que sean objetivamente perjudiciales de manera sustancial para la reputación del artista intérprete o ejecutante. Queda entendido también que el simple uso de tecnologías o medios nuevos o modificados, como tales, no será considerado como modificación en el sentido del artículo 5.1.ii)” –*vid.* epígrafe 3 del Capítulo XI.

<sup>819</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 250.

del derecho de respeto son diferentes –y, probablemente, se supone que el grado de protección es de algún modo menor- que en el caso de los autores”.

En el ámbito comunitario, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, -por coherencia con la realidad de los ordenamientos nacionales de los Estados de la Unión de corte continental-, contiene declaraciones expresas sobre la consideración de la propiedad intelectual como una propiedad<sup>820</sup>.

Tal reconocimiento expreso de la propiedad intelectual como parte del derecho de propiedad, no empece que, según el Considerando 19 de la citada Directiva<sup>821</sup>, -y habida cuenta que el derecho moral no ha sido objeto de armonización alguna, ni entra en el ámbito de aplicación de la Directiva-, se establezca que el derecho moral de los titulares de derechos debe ejercerse de conformidad con lo dispuesto en la legislación de los Estados miembros, en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y en el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas.

El reciente Tratado de Beijing, establece idéntica protección para el derecho de paternidad respecto a las interpretaciones o ejecuciones en directo o las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales<sup>822</sup> y en el mismo numeral que su homólogo WPPT, esto es, en su art. 5<sup>823</sup>.

---

<sup>820</sup> Así, en el considerando 3, el legislador comunitario nos dice que la armonización que afronta con esta directiva se lleva a cabo bajo el criterio de contribuir a la aplicación de las cuatro libertades del mercado interior y se inscribe en el respeto de los principios generales del Derecho y, en particular, el derecho de propiedad, incluida la propiedad intelectual, la libertad de expresión y el interés general. De modo que, (según el considerando 9), tal armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor debe basarse en un elevado nivel de protección, dado que tales derechos son primordiales para la creación intelectual. Su protección contribuye a preservar y desarrollar la creatividad en interés de los autores, los intérpretes, los productores, los consumidores, la cultura, la industria y el público en general. Concluyendo que, por lo tanto, la propiedad intelectual ha sido reconocida como una parte integrante del derecho de propiedad.

<sup>821</sup> Cumple citar al respecto el considerando 19 de la Directiva 2001/29/CE, que nos dice: *(19) El derecho moral de los titulares de derechos debe ejercerse de conformidad con lo dispuesto en la legislación de los Estados miembros, en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y en el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas. Dicho derecho moral no entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.*

<sup>822</sup> Conforme al artículo 2 de este Tratado se entiende por “*fijación audiovisual*”, la incorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo.

<sup>823</sup> Artículo 5 (*Derechos morales*) del Tratado de Beijing de 2012, sobre Interpretaciones o Ejecuciones Audiovisuales: 1.- *Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo que atañe a sus interpretaciones o ejecuciones en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, el derecho a: i) reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución; y ii) oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación, tomando debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales.*

Por último, se ha de hacer mención genérica de la protección moral o espiritual que dispensan a los autores y artistas sobre sus creaciones otros tratados o normas de orden supranacional. Entre los anteriores destacamos, sin perjuicio de volver más adelante a ellos: el art. 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el art. 15.1.c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; y el art. 13 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

### 3.2.- Regulación en el ordenamiento jurídico español.

En nuestro ordenamiento, la primera regulación de manera sistematizada de los derechos morales –tanto de autores como de artistas intérpretes o ejecutantes- se lleva a cabo por la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual<sup>824</sup>. El art. 2 de la LPI de 1987 -cuya

---

*2.- Los derechos reconocidos al artista intérprete o ejecutante de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1, serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte Contratante en que se reivindique la protección. Sin embargo, las Partes Contratantes cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación del presente Tratado o de la adhesión al mismo no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del artista intérprete o ejecutante de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo anterior, podrán prever que algunos de esos derechos no sean mantenidos después de la muerte del artista intérprete o ejecutante. 3.- Las vías de recurso para la salvaguardia de los derechos reconocidos en virtud del presente artículo estarán regidas por la legislación de la Parte Contratante en la que se reivindique la protección*

<sup>824</sup> En el proceso legislativo, precisamente el reconocimiento de los derechos morales que preveía el entonces Proyecto de Ley, y la distinta concepción existente sobre los mismos, motivó la formulación de varias enmiendas destinadas a modificar la propia denominación de la Ley, y la regulación de los derechos “personales” que a través de la misma serían objeto de regulación (*vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales, 111 Legislatura, 11 de febrero de 1987, Núm. 14-6). Entre ellas:

La Enmienda núm. 130, de la Agrupación de Diputados del PDP (Grupo Mixto), a la denominación de la Ley, de modificación, para sustituirla por la de: “Ley de Derechos del Autor y Propiedad Intelectual”. La justificación es “Para que responda mejor a su deseable contenido”.

La Enmienda núm. 131 de la Agrupación de Diputados del PDP (Grupo Mixto). Se proponía la adición en la línea primera: “En el ejercicio del derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, se adquieren los derechos personales de autor y los derechos patrimoniales de propiedad intelectual sobre la obra realizada por el solo hecho de su creación. La justificación es: “Relacionar adecuadamente los derechos en juego”.

A través de la Enmienda núm. 147, Agrupación de Diputados del PDP (Grupo Mixto), al Capítulo 111, Sección primera. De modificación. Se propuso sustituir “Derecho moral” por “Derechos personales”.

La Enmienda núm. 307, que presentó Miquel Roca i Junyent, en su calidad de Portavoz del Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana, se pretendía modificar la denominación de la Ley, proponiendo la siguiente redacción: “Ley reguladora del Derecho de Autor y Derechos Conexos”. La Justificación es: “La denominación que usa el proyecto es la misma de la vieja Ley de Propiedad Intelectual de 1879. Aun cuando esté dentro de la tradición jurídica española, sería conveniente sustituirla por la más amplia de “Ley reguladora del Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Sin duda la nomenclatura que conserva el proyecto sería adecuada dentro de una concepción meramente patrimonialista, como la que inspiraba la norma legal de 1879. Pero no lo resulta cuando el proyecto, con laudable acierto, no se limita a recoger aspectos patrimoniales, sino también otros muchos de tipo moral, que en el pasado fueron desconocidos”. Tales propuestas no fueron incorporadas a la Ley.

A su vez, el Grupo Minoría Catalana, presenta la Enmienda núm. 314, a los efectos de modificar la redacción del artículo 14 del referido texto. La redacción que se propone:

*Artículo 14. El autor, con independencia de los derechos patrimoniales y aún después de la cesión de los mismos, gozará del derecho inherente a su persona, perpetuo, inalienable, imprescriptible e irrenunciable:*

*1. Igual que el texto.*

*2. Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente, y en uno y otro caso exigir la correspondiente mención.*

*3. Igual que el texto.*

*4. Exigir el respeto ...!... a su reputación y a su honor profesional.*

*5. Oponerse a la exposición pública de la obra cuando entienda que ello puede perjudicar a su prestigio.*

*6. Modificar la obra, respetando los derechos adquiridos por terceros.*

redacción permanece inalterada en el vigente TRLPI- describe el contenido de la propiedad intelectual, diciéndonos que la misma *está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen a su autor la plena disposición y el derecho exclusivo de explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley.*

Se reconoce, por tanto, la existencia de un conjunto de facultades de carácter personal, que se objetivan o concretan a través de los denominados derecho morales, previstos en el art. 14<sup>825</sup> para los autores, y para los artistas en el art. 107 (actual 113 TRLPI, tras la reforma operada por la Ley 23/2006), con la misma naturaleza que los anteriores, si bien en este último caso sobre un objeto distinto, como es la interpretación, y con caracteres muy similares a los que para los autores se reconocen en el art. 14, 3º y 4º, pero con un alcance mucho más limitado (no se reconocen el resto de facultades previstas en el art. 14). Además, y hasta la reforma de 2006, el ejercicio *post mortem* es más limitado (20 años) y se atribuye a los herederos, en el caso de los artistas, mientras que para los autores se atribuye a las personas designadas por aquél, o en su defecto a los herederos.

En efecto, el contenido básico del art. 107 de la LPI de 1987, se incorporó al art. 113 del TRLPI de 1996, con la rúbrica de “otros derechos”. Con la modificación operada por la Ley núm. 23/2006, de 7 de julio, se rectifica el título de la disposición y se sustituye por el de “derechos morales”. Dicha reforma, sin embargo, no fue meramente estética, sino que comprendió otras

---

7. Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

8. Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra, y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, de los daños y perjuicios que se le irroguen.

La justificación es: “Las adiciones introducidas en el apartado cuarto del proyecto se han efectuado pensando que en esta norma quedaría establecida la debida concordancia con el artículo 18.1 de la Constitución (garantía al honor), y con el artículo 53 del propio texto constitucional, en relación con la Ley 62/78, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, y con la disposición de igual rango 1182, de 5 de mayo. En cuanto a la nueva redacción del apartado quinto, creemos que viene impuesta para mantener lo que al respecto dice el artículo 9 de la vigente Ley de Propiedad intelectual de 10 de enero de 1879.

<sup>825</sup> El art. 14 fue incorporado sin modificaciones al vigente TRLPI y ha permanecido inalterado en sus sucesivas modificaciones legislativas. A su vez, los arts. 15 y 16 regulan, respectivamente, los supuestos de legitimación *mortis causa*, y de sustitución de la legitimación *mortis causa*. Así, el ejercicio de los derechos de paternidad e integridad se atribuye, sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. Y, en su defecto, a los herederos. Esa misma legitimación se atribuye para el ejercicio del derecho de divulgación, en relación con la obra no divulgada en vida de su autor y durante un plazo de setenta años desde su muerte o declaración de fallecimiento. Cuando no existan las personas mencionadas, o se ignore su paradero, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural estarán legitimados para ejercer los derechos de paternidad, integridad y el derecho a la no divulgación. En relación con el ejercicio *post mortem auctoris* del derecho a la no divulgación de la obra, el art. 40 dispone que si sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren el derecho de acceso a la cultura previsto en el art. 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo.

modificaciones de gran calado para las facultades morales del artista. Así, en esta modificación se admite, por primera vez, el carácter irrenunciable e inalienable de los derechos morales del artista, a la par que se introduce una restricción respecto al derecho de paternidad, cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar las interpretaciones o ejecuciones. Asimismo, se modifica el régimen de la legitimación del ejercicio *post mortem* de los derechos de paternidad e integridad, que antes se atribuía a los herederos, adoptando el mismo sistema previsto para los autores, y atribuyendo tal legitimación, sin límite de tiempo (con anterioridad se reducía a 20 años), *a la persona natural o jurídica a la que el artista se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad o, en su defecto, a los herederos*. En ausencia de los anteriores, la legitimación se atribuye al Estado, las Comunidades Autónomas, las corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural (al igual que se prevé en el art. 16 para los autores). Se mantiene inalterada, en cambio, la exigencia de autorización expresa del artista, durante toda su vida, para el doblaje de su actuación en su propia lengua, que ya estaba prevista en la LPI de 1987.

Por tanto, en términos generales, el marco regulatorio español se sitúa en la línea de las legislaciones y tradición jurídica más avanzadas de nuestro entorno, e incluso supera a la mayoría al reconocer de manera específica la facultad de autorizar el doblaje en la propia lengua. El resto de elementos y contenidos de tales facultades morales es similar a las del resto de legislaciones nacionales y coherente con las tendencias internacionales más recientes. Aspectos de derecho comparado que, en todo caso, veremos más adelante (*vid.* epígrafes 2 y 3 Capítulo X).

En definitiva, el vigente art. 113 TRLPI, bajo la rúbrica “Derechos morales”, dispone que:

*1. El artista intérprete o ejecutante goza del derecho irrenunciable e inalienable al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizarlas, y a oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación.*

*2. Será necesaria la autorización expresa del artista, durante toda su vida, para el doblaje de su actuación en su propia lengua.*

*3. Fallecido el artista, el ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 1 corresponderá sin límite de tiempo a la persona natural o jurídica a la que el artista se lo haya confiado*



*expresamente por disposición de última voluntad o, en su defecto, a los herederos.*

*Siempre que no existan las personas a las que se refiere el párrafo anterior o se ignore su paradero, el Estado, las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural estarán legitimadas para ejercer los derechos previstos en él.*

De manera que el precepto regula, en la forma apuntada, las tres facultades de naturaleza moral que la Ley atribuye a los artistas sobre sus actuaciones o interpretaciones fijadas, a saber: el derecho a ser identificado mediante su nombre civil o artístico en las interpretaciones que realice (derecho que, por asimilación con el derecho de autor previsto en el art. 14, es denominado derecho moral de paternidad); el derecho a oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de su interpretación fijada que lesione su prestigio o reputación (también calificado por asimilación con el del autor como derecho de integridad, si bien, el derecho previsto en el art. 14 para los autores, prevé, además, el derecho a oponerse cuando la modificación de la obra “suponga perjuicio a sus legítimos intereses”); y, como una especialidad de los actores, el derecho de autorizar el doblaje de su interpretación en su propia lengua (tal derecho, en cambio, no puede asimilarse al derecho de doblaje y subtitulado, al que alude el art. 86 del TRLPI).

En términos generales, y aunque la redacción que del art. 113 recoge la Ley 23/2006 conecta con el Derecho internacional y comparado, e incluso aproxima su contenido a las facultades homólogas que el art. 14 del propio TRLPI atribuye al autor, como veremos más adelante, el precepto en cuestión ha sido objeto de crítica por algunos tratadistas, que lo consideran en todo o parte de su contenido inadecuado, principalmente en lo que se refiere al reconocimiento de una protección menor al artista que al autor, tal y como se desprende de la mera lectura comparada de los arts. 14 y 113 TRLPI, y no solo en relación al número de facultades sino también en cuanto al contenido de alguna de ellas.

#### **4.- LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LOS DERECHOS MORALES: IRRENUNCIABILIDAD, INALIENABILIDAD Y PERPETUIDAD.**

Entre los aspectos comunes de los derechos morales que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los autores y a los artistas, amén de su mismo fundamento y naturaleza, destacan los caracteres y rasgos esenciales de estas especiales facultades. Sucede, en efecto, que, junto a su marcada

naturaleza personalísima, aunque vinculadas al resultado creativo, hemos de añadir sus especiales rasgos configuradores, esto es, sus características básicas y comunes proclamadas en los arts. 14 y 15 TRLPI respecto de los autores y en el art. 113 TRLPI en relación con los artistas, a saber: la irrenunciabilidad, inalienabilidad y imprescriptibilidad de las facultades que los integran. Caracteres, algunos de los cuales, por relación de vecindad también se predicán de los derechos de la personalidad más próximos a los derechos morales, como son los fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. Primero.Tres de la LO 1/1982, de 5 de mayo).

Asimismo, y al margen de la heterogeneidad con que se plasman en los distintos ordenamientos, tales caracteres suelen predicarse respecto a las prerrogativas que amparan el reconocimiento de la condición de autor o de artista, esto es, el derecho de paternidad; y al de “integridad”, es decir, la facultad que le permite exigir el respeto a la integridad de la obra o de la interpretación fijada e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o a su honor (según el art. 6. bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en relación con el art. 14.4º TRLPI) o prestigio o reputación profesional (arts. 14.4º y 113.1, *in fine*, TRLPI).

El TRLPI, en concreto su art. 14, por comparación con otras legislaciones de propiedad intelectual foráneas, quizá sea el exponente de texto normativo con un mayor catálogo de facultades de orden moral<sup>826</sup>, toda vez que junto con los referidos derechos de paternidad e integridad regula los siguientes “derechos”: divulgación (decidir si la obra ha de ser o no divulgada y en qué forma, y determinar si la divulgación debe hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente); de modificación (modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural); arrepentimiento (retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de los daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación); acceso al ejemplar único o raro de la obra (cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda). La regulación de los supuestos de legitimación *mortis causa* de tales derechos determina, a su vez, las personas naturales o jurídicas a quien corresponde el ejercicio de tales derechos tras el fallecimiento del autor.

---

<sup>826</sup> Es una práctica extendida denominar las facultades de carácter moral o extrapatrimoniales como derecho moral, para referirse al conjunto de prerrogativas o facultades de actuación dotadas de tal carácter extrapatrimonial, o como derechos morales, incluso denominar a cada una de ellas como derechos (*v.gr.*, derecho de paternidad, derecho de integridad) cuando en realidad todas ellas integran un haz de “facultades” pero no “derechos”.

Los caracteres que la doctrina de manera consolidada atribuye al derecho moral son los siguientes (si bien su fundamento, como vimos, puede ser matizado en función de que partamos de la concepción del derecho moral como derecho de la personalidad o como derecho personalísimo):

- La “irrenunciabilidad”: las facultades morales se califican como irrenunciables en cuanto no cabe la renuncia a la personalidad, vinculada o plasmada en este caso en la obra.

Al respecto, MARTÍNEZ ESPÍN expresa que “el carácter irrenunciable del derecho moral de autor prohíbe la renuncia global previa, y definitiva al derecho de paternidad, pero no aquella concreta y temporal que permite, en todo caso, una revocación *a posteriori de la misma*. El derecho en sí es indisponible, inalienable e irrenunciable, pero una manifestación concreta de este derecho sí es disponible. No se permite la renuncia al derecho sino a un aspecto concreto del mismo. La ley reconoce el carácter irrenunciable e inalienable con el objeto de anular las renunciaciones globales, previas y perpetuas. Por ello, no cabe renuncia efectuada sin límite de tiempo o con alcance general”<sup>827</sup>.

Con un sentido quizá más amplio, pues no da cabida al consentimiento contractual para modificaciones concretas que pudieran afectar a la integridad, GONZÁLEZ LÓPEZ sostiene que “en virtud del carácter irrenunciable e inalienable con que caracteriza la ley a las facultades enunciadas en el art. 14, no puede el autor renunciar al ejercicio del derecho a exigir el respeto a la integridad de su obra, ni permitir que se introduzcan en ésta modificaciones que atenten contra su integridad. La irrenunciabilidad de esta facultad excluye, por tanto, la posibilidad de pactos por los que el autor se prive de impedir que se realicen modificaciones que atenten contra la integridad de la obra, y la inalienabilidad redundaría en la ineficacia de cualquier acuerdo en virtud del cual el autor transmite a otra persona la facultad de oponerse a las modificaciones perjudiciales para sus legítimos intereses. Es decir, los predicados caracteres de esta facultad obligan a estimar nulas las cláusulas por las que el autor se priva del control sobre la integridad de la obra”<sup>828</sup>.

---

<sup>827</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 220.

<sup>828</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela, *Derecho moral*, *óp. cit.*, pág. 184.

En la anterior línea, que compartimos, NAVAS NAVARRO admite que “el autor puede consentir contractualmente que realicen modificaciones concretas y determinadas de su obra, incluso modificaciones que pudieran alterar sus rasgos esenciales. Esta modificaciones serían consideradas como ataques a la integridad de la obra sin dicho consentimiento. Parece que el principio general de la autonomía privada, reflejado en el art. 1255 Cc, resulta de aplicación en este caso y permite que, de alguna manera, se restrinja el alcance de la facultad moral a la integridad de la obra en favor de una persona determinada”<sup>829</sup>. Como consecuencia de tal planteamiento, la citada autora califica como nulas las cláusulas que dan total libertad al autor, por implicar una renuncia *a priori* de la facultad moral a la integridad de la obra. Y admite la validez de las cláusulas que someten al consentimiento del autor las modificaciones que se vayan haciendo a lo largo de la fase de producción audiovisual.

- La “inalienabilidad”, como consecuencia de su carácter personalísimo; las facultades morales se consideran fuera del comercio<sup>830</sup>.

De los anteriores caracteres cabe inferir a su vez los siguientes:

- La “imprescriptibilidad”, las facultades de orden moral no pueden perderse por el no uso, es una consecuencia, a su vez, de su carácter inalienable.

- La “inembargabilidad” si se trata de un derecho personalísimo, que tan solo su titular puede ejercitar, y que, además, se haya fuera del comercio, la consecuencia directa es la inembargabilidad del mismo. Incluso, nuestra ley, declara que los derechos de explotación no son embargables pero sí lo son sus frutos o productos, que se considerarán como salarios (art. 53 TRLPI).

- La “perpetuidad”. En principio, tal carácter se predica en cuanto a la protección que amparan las facultades de paternidad y de integridad, y se extiende, en algunas legislaciones como la nuestra o la francesa, sin límite de tiempo, a través de su ejercicio *post mortem auctoris* a través de las personas legitimadas al efecto. Sin embargo, no existe consenso sobre la verdadera transmisión *mortis causa* de los derechos morales. Para un sector doctrinal se predica la intransmisibilidad *inter vivos* pero no *mortis causa* de este tipo de facultades. La transmisión por

---

<sup>829</sup> NAVAS NAVARRO, Susana, *Anuario de Propiedad Intelectual 2002*, Reus, Madrid, 2003, pág. 318.

<sup>830</sup> Compartimos la opinión de LACRUZ BERDEJO al mantener que “el derecho moral por su condición de derecho personalísimo, es intransferible *inter vivos*” - LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1980, págs. 350 y ss.

actos inter vivos estaría vedada como consecuencia del carácter inalienable, pero no así en el segundo caso, y ello habida cuenta que, tanto en el ámbito internacional como en nuestra ley, no se alude al carácter transmisible o intransmisible de estos derechos<sup>831</sup>.

En caso de admitirse la sucesión *mortis causa* de las facultades morales, cabría predicar su carácter perpetuo. De no admitirse, tales facultades se extinguirían con la muerte del autor, y no cabría predicar la “perpetuidad” respecto a la protección sin límite temporal. En tales casos, tan sólo cabría invocar la especial legitimación que la ley confiere para el ejercicio de las facultades morales a las personas designadas por el autor, herederos o instituciones públicas encargadas de la salvaguarda de la cultura, sin limitación temporal. Sobre esta cuestión volveremos posteriormente al tratar el epígrafe correspondiente al “ejercicio *post mortem* de las facultades del artista”.

## **5.- CONFIGURACIÓN ESPECÍFICA DE LOS DERECHOS MORALES DEL ARTISTA SOBRE SUS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES.**

### **5.1.- Fundamento para la atribución de facultades morales al artista.**

Tal y como ya se ha observado, las facultades morales conferidas al artista -al igual que aquellas atribuidas al autor- responden a la finalidad de reconocer la protección de su personalidad en relación con su actuación. El fundamento y naturaleza es el mismo en ambos casos, si bien difieren el sujeto (el artista en este último caso), el objeto (la interpretación o ejecución) y las prerrogativas que amparan tales derechos morales (más restringidas para el artista). El artista realiza una creación original a través de su interpretación, a la que imprime aspectos propios, no solo su imagen y voz, sino incluso aspectos espirituales, de su personalidad, dando lugar a un personaje audiovisual singular y diferente al literario del guión, y este es el motivo por el que se le atribuyen derechos de orden moral para hacer respetar la vinculación personalísima entre la interpretación y su creador: el artista.

---

<sup>831</sup> En cambio nuestra ley contiene disposiciones expresas sobre la transmisión *mortis causa* de los derechos patrimoniales (art. 42 del TRLPI).

En efecto, el derecho moral del artista se ha configurado, en los países en los que se ha reconocido<sup>832</sup>, de forma similar o paralela al derecho de autor, aunque con algunas diferencias. Las legislaciones que reconocen derechos morales a los artistas suelen concretarlos en el respeto al nombre y a la integridad de la interpretación. En cambio, no se encuentra tan generalizada la atribución directa al artista de otras facultades como las de divulgación o de arrepentimiento, derechos que sí se reconocen a los autores con carácter general.

En todo caso, se trata de un haz de facultades -derechos- cuyo fin es la protección de la personalidad del artista intérprete o ejecutante, de su impronta y atributos personales en relación con su actuación fijada en un soporte o sistema. Es decir, se pretende hacer respetar *erga omnes* aquello que en las interpretaciones es personalísimo del artista. Está justificado, por demás, otorgar derechos morales al artista intérprete o ejecutante, ya que es el creador de su (personaje, normalmente) interpretación. Es el creador porque deja la impronta de su personalidad. Este es el fundamento del reconocimiento de tales derechos. Tal reconocimiento, asegura ESPÍN CÁNOVAS, es “de plena justicia, pues cada artista imprime su propia personalidad al interpretar o ejecutar dando su propia imagen artística”<sup>833</sup>.

De otra manera pero en el mismo sentido, BAYLOS CORROZA dice que el actor “(...) no sólo pronuncia palabras ajenas, sino que su actividad ofrece a la percepción aprehensora de la obra, su voz, su gesto, su actividad, su ademán, que ya son atributos suyos, cuya actuación se rige ante todo por normas personales”<sup>834</sup>. Tras trazar una línea diferenciadora de la labor del intérprete con la del autor de la obra, BAYLOS CORROZA añade que “el intérprete no recrea la obra; sino que da al espectador una versión aproximativa de las realidades designadas en ella, a la que por tanto no consiguen agotar nunca”<sup>835</sup>. Prosigue su discurso reconociendo que “nada de esto quiere decir que la actuación de los intérpretes o ejecutantes no sea a su vez una creación personal”<sup>836</sup>.

Además de las características especiales de las facultades morales y del objeto específico sobre el que se proyectan, en el caso particular de las interpretaciones audiovisuales se presenta la singularidad de que el actor o el bailarín (y en casos especiales también el músico o cantante) al utilizar en su trabajo creativo atributos de la personalidad como su propia imagen, cuerpo, voz, etc., que quedan fijados en unidad indisoluble con su actividad creativa en un determinado

---

<sup>832</sup> Francia, Alemania, Italia, Bélgica, etc. –*vid.* epígrafe 2.1 del Capítulo III.

<sup>833</sup> ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Las facultades del derecho moral*, *óp. cit.*, pág. 168.

<sup>834</sup> BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, *Tratado de derecho industrial*, 2ª ed., *óp. cit.*, pág. 648.

<sup>835</sup> *Ibid.*, pág. 650.

<sup>836</sup> *Ibid.*, pág. 650.

soporte o sistema audiovisual, resulta que, aún tratándose de derechos diferentes, de naturaleza y bien jurídico protegido también distintos, concurren para amparar cada cual su objeto durante toda la fase de explotación de la interpretación o de la obra audiovisual en la que se integra la misma. A esta cuestión de suma relevancia científica y práctica le dedicaremos más adelante un amplio epígrafe específico, a cuyo estudio nos remitimos de nuevo.

Todo lo anterior nos conduce, asimismo e inexorablemente, a concebir la interpretación audiovisual como una prestación creativa especialmente expuesta a riesgos e intereses de toda índole. Ciertamente es que el titular de esta modalidad de creación cuenta con diferentes acciones jurídicas para proteger sus diferentes ámbitos, pero no es menos cierto que en la era de la tecnología digital, asociada a la idea de que los contenidos creativos han de ser gratuitos y a la circunstancia del consumo masivo de tales contenidos, los riesgos de vulneración de todas las facultades descritas se han incrementado exponencialmente y no así los medios técnicos y procedimentales para su eficaz defensa.

En definitiva, tanto o más que el autor, el artista titular y creador de una interpretación audiovisual ha vinculado a ésta no solo su impronta personal, encarnada en un personaje normalmente, sino una serie de atributos físicos e intelectivos de carácter personalísimo –que constituyen sus recursos expresivos y creativos– que las facultades morales han de amparar, sin perjuicio de que algunos de esos atributos personalísimos son también bienes de la personalidad –imagen y honor– y, en tal condición, ostentan la tutela de protección de los derechos fundamentales del art. 18 CE, en la forma que prevé la LO 1/1982.

## **5.2.- Naturaleza y características específicas de las facultades morales del artista.**

En atención al fundamento indicado, cabe predicar de las facultades morales del artista la misma naturaleza de aquellas que ostenta el autor. De modo que el “derecho moral” no es más que el conjunto de facultades de carácter extrapatrimonial que, junto con las facultades de carácter patrimonial, se integran en un único derecho subjetivo de propiedad intelectual, reconocido a favor del artista sobre su interpretación o ejecución para la satisfacción de sus intereses personales sobre la misma.

Respecto a las facultades de exigir la paternidad e integridad son predicables las mismas características ya analizadas respecto al derecho de autor, es decir, inalienabilidad,

irrenunciabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Por su misma naturaleza moral, es razonable pensar que las facultades morales del artista pueden gozar de todas las particularidades que definen a los derechos del autor de la misma categoría.<sup>837</sup> A su vez, y como ya anticipamos, son asimismo invocables los caracteres de la intransmisibilidad, la inembargabilidad y la imprescriptibilidad. Estas características se justifican por la unión que existe entre la interpretación y el artista. “Lo que se protege es la relación personal existente entre el artista y su prestación intelectual”<sup>838</sup>, como expresa CÁMARA ÁGUILA.

De otro lado, cuando el titular de los derechos morales está integrado en un grupo musical, coro, orquesta, ballet o compañía de teatro, como señala CABANILLAS SÁNCHEZ<sup>839</sup>, las autorizaciones a que alude el art. 111 TRLPI no tienen nada que ver con el art. 113 TRLPI, ya que el representante colectivo ha de ser nombrado para conceder las autorizaciones relativas a la fijación, la reproducción, la comunicación pública y la distribución. A diferencia de la ley alemana, cuyo parágrafo 83.2 (que contempla la hipótesis de deformación o modificación de la actuación del grupo) dispone que cada uno de los artistas que componen el grupo deberá tener en cuenta los legítimos intereses de los demás cuando ejercite su derecho a prohibir la deformación o modificación de su actuación, el TRLPI calla al respecto, debiendo aplicarse el art. 113, de tal suerte que, cada artista integrante del grupo puede ejercitar los derechos morales referentes a su actuación concreta, sin consideración a los demás, siempre que vea lesionado su prestigio o reputación.

Estas cuestiones y sus particularidades respecto a cada una de las facultades de orden moral que se atribuyen al artista, serán objeto de desarrollo y estudio pormenorizado en los siguientes epígrafes.

### **5.3.- Límites a las facultades morales del artista.**

En efecto, el art. 113 TRLPI, en su redacción vigente, introduce dos limitaciones a modo de pautas interpretativas de las facultades morales de paternidad e integridad del artista sobre sus interpretaciones o ejecuciones: de un lado, restringe el ejercicio del derecho de paternidad

---

<sup>837</sup> En este mismo sentido, RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1997, *óp.cit.*, pág. 441.

<sup>838</sup> CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 1518.

<sup>839</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 1593.



*cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizarlas*<sup>840</sup>, y de otro, sujeta a condición la protección de la integridad de las mismas, pues el artista tan solo podrá oponerse a *toda deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre su actuación* cuando tales conductas lesionen *su prestigio o reputación*.<sup>841</sup>

La generalidad e imprecisión de los términos con que se expresa el legislador, junto con la realidad cambiante de la producción audiovisual y sus formas de explotación, añaden cierta incertidumbre e inseguridad jurídica a la hora de determinar en qué supuestos ha de entenderse que la omisión de la identificación del artista viene dada por la manera de utilizar las interpretaciones.

El primer criterio interpretativo ha de ser la determinación de los usos o prácticas habituales del sector, con sometimiento a los límites impuestos por el art. 7 Cc, que proscribe el abuso de derecho.

Según las SSTs de 1 de febrero de 2006, 12 de diciembre de 2011 y 9 de febrero de 2012, entre otras, la doctrina del abuso de derecho se sustenta sobre la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos. Como institución de equidad, exige para ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), cuando resulte patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, que exigen, para su apreciación, una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo).

En segundo lugar, por aplicación de la analogía, cabría invocar las reglas rectoras de los límites o excepciones de los derechos patrimoniales (art. 40 bis TRLPI), y, en todo caso, la “regla de los

---

<sup>840</sup> Sin que el art. 14.2º y 3º TRLPI, que regula el derecho de paternidad homólogo para el autor, establezca ninguna limitación ni condicionante similar.

<sup>841</sup> En sentido similar se pronuncia el art. 5 del Tratado de Beijing de 2012. El art. 14.4ª TRLPI estipula que corresponde al autor el derecho irrenunciable e inalienable de *exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación*. De manera que, salvo el condicionante de la salvaguarda de sus “legítimos intereses”, entre los que se entienden incluidos los de cualquier naturaleza, prácticamente, el contenido de esta facultad moral es idéntica para autor y para artista, claro es, con la diferencia de objeto sobre el que se proyectan (la obra en su conjunto para el caso del autor y la interpretación respecto del artista).

tres pasos”<sup>842</sup>. Dicha regla, siquiera como criterio interpretativo de los límites<sup>843</sup>, más que un límite en sí mismo, pues constituye una suerte de “límite de los límites”, cabría ser traída a colación para reforzar una aplicación práctica adecuada de los límites o excepciones que pesan sobre las facultades morales de integridad y paternidad del artista titular originario de una interpretación audiovisual, tanto en el art. 113 TRLPI como en el art. 5 –además de su respectiva declaración concertada- del Tratado de Beijing. Además, la técnica legislativa de los conceptos jurídicos indeterminados, cual es el caso, constituye un hándicap añadido de especial dificultad en el ámbito de la efectividad de los derechos intelectuales; ya de por sí complejo.

El límite o excepción impuesto al derecho de paternidad artístico, basado en *la manera de utilizarlas* (esto es, cuando la omisión del nombre venga dictada por la forma de explotación de la interpretación audiovisual), arroja un margen de libertad para el utilizador, y de relatividad e incertidumbre para el artista. Ello se debe a que obliga a establecer límites a la excepción de la manera más objetiva y clara posible, o, cuando menos, a interpretar en sentido restrictivo la excepción que abunda tan sólo en perjuicio del titular, tal y como marcan los principios generales del Derecho. De lo contrario, en no pocas ocasiones la facultad paterna quedará vacía, y se utilizará su excepción para cubrir supuestos en los que los intereses en juego se enfrenten con la desigualdad de armas y de capacidad jurídica. Lo que sucede, por ejemplo, con la supresión habitual de los títulos de crédito de las películas cuando son emitidas en televisión, habida cuenta que unos segundos de publicidad proporcionan mayores rendimientos económicos al usuario que tener que indemnizar la violación de ese derecho al artista que, por lo demás, permanece impune con carácter general<sup>844</sup>.

Lo mismo, o similar -aunque por diferentes razones-, cabría decir respecto de los límites impuestos a la facultad de salvaguarda de la integridad de la interpretación audiovisual, ya que la facultad de oponerse *a toda deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre su actuación* quedará limitada a los supuestos en los que dicha conducta o actos *lesione su prestigio o reputación*. Lo cual nos aboca a una casuística en exceso relativa e insegura, cargada de subjetividad y de indeterminación. Asimismo, salvo casos minoritarios, la vulneración de esta

---

<sup>842</sup> Regla que incorpora por primera vez el Convenio de Berna (1886) en su art. 9.2, respecto de los límites al derecho de reproducción. Si bien el legislador y la jurisprudencia española hacen extensiva dicha regla a los demás derechos de tal naturaleza intelectual que se sometan a límites o excepciones, esto es, a derogaciones parciales, con la correlativa obligación de interpretar tanto la regla como los supuestos a los que se aplique de manera restrictiva –*vid.* epígrafe 4.2 del Capítulo V.

<sup>843</sup> En ese sentido, que compartimos, se expresa la STS de 8 de junio de 2007, al considerar que la regla del art. 40 bis TRLPI “ha de presidir la interpretación de cualquier límite a cualquier derecho de autor”.

<sup>844</sup> Es un hecho notorio que las entidades de radiodifusión, por motivos de programación y optimización de audiencias y de rendimientos publicitarios, omiten de manera reiterada los títulos de crédito en los que se identifican a los intérpretes de la obra audiovisual.

facultad carecerá de prevención, en el sentido de que al violador -generalmente usuario con capacidad económica- le puede convenir asumir el riesgo indemnizatorio frente a un titular económicamente más débil -el artista- para asumir una acción judicial y una carga de la prueba en ocasiones compleja.

La aplicación de “la regla de los tres pasos”, para modular los límites y excepciones impuestos en el art. 113 TRLPI (y, cuando entre en vigor, el art. 5 del Tratado de Beijing) a las facultades morales del artista, nos aporta, asimismo, un criterio interpretativo de gran utilidad y de carácter restrictivo en dos direcciones: que no cause un perjuicio injustificado al interés legítimo del artista, ni afecte a la normal explotación de la obra. Todo ello, en definitiva, coadyuva un criterio de seguridad jurídica nada desdeñable en la materia y para la resolución del problema planteado.

Entendemos, no obstante, que los usos o prácticas en los que caben aplicar los límites a las facultades morales apuntadas han de circunscribirse, en todo caso, a la órbita de aquellos autorizados por el propio artista y de ahí su íntima relación con la cesión de los derechos patrimoniales por su parte, bien por vía presuntiva (arts.108.2; 109.3. 1º y 110 del TRLPI), bien por cesión contractual. No es admisible estimar que la omisión está comprendida en la manera de utilizar las obras cuando tal uso no está autorizado. Por último, cabe acudir a las causas de imposibilidad técnica que impongan la necesaria omisión del nombre del artista.

En atención a la propia naturaleza de las fijaciones audiovisuales que invoca la declaración concertada al art. 5 del Tratado de Beijing, hay que tener presentes, al menos como criterios interpretativos (habida cuenta que el Tratado aún no está en vigor), dos cuestiones a la hora de tratar el derecho de integridad: en primer lugar, que actos como la edición, el doblaje o la conversión a otros medios o formatos, en el marco de usos previamente autorizados, no quedarían comprendidos en el concepto de modificación; y, en segundo lugar, que el número de posibles actos contrarios a los derechos morales del artista está restringido a aquéllos que sean objetivamente perjudiciales a su reputación de manera sustancial. De esta forma, la protección del artista entrará en juego si se comprueba la existencia de posibles deformaciones o modificaciones que, de forma objetiva, puedan suponer un perjuicio contra su reputación o prestigio profesional. Con ello se solventaría, siquiera parcialmente, el carácter subjetivista del límite de nuestro art. 113; mas no el resto de inseguridades jurídicas.

Asimismo y en relación a la salvaguarda de la integridad de la interpretación audiovisual, ya sea por analogía o por relación de vecindad, el art. 92.2. del TRLPI, en relación con el derecho moral

al respeto de la integridad de la obra que el art. 14.4º TRLPI atribuye al autor, dispone que *cualquier modificación de la versión definitiva de la obra audiovisual mediante añadido, supresión o cambio de cualquier elemento de la misma, necesitará la autorización previa de quienes hayan acordado dicha versión definitiva. No obstante, en los contratos de producción de obras audiovisuales destinadas esencialmente a la comunicación pública a través de la radiodifusión, se presumirá concedida por los autores, salvo estipulación en contrario, la autorización para realizar, en la forma de emisión de la obra, las modificaciones estrictamente exigidas por el modo de programación del medio, sin perjuicio en todo caso del derecho reconocido en el apartado 4º del artículo 14.*

NAVAS NAVARRO<sup>845</sup>, por su parte, apunta otros posibles supuestos de transformaciones por el modo de emisión: la difusión de forma abreviada de la obra audiovisual derivada, la supresión de imágenes (*cutting*), introducción de imágenes (*adding*), la aceleración o ralentizado del desarrollo del filme (*time compression/time expression*) y la adaptación del formato de la obra (*paning and scaninng/letterboxing*). Supuestos todos ellos que afectan en diferentes grados a la concepción e integridad que de la obra audiovisual se planteó plasmar el autor y que, por consiguiente, en igual medida pueden afectar a las interpretaciones audiovisuales que los artistas concibieron para formar parte de una obra concreta. De manera que, tanto los autores como los artistas que participan en la producción de una obra en colaboración como es la audiovisual, se ven afectados en sus facultades morales, ya sea de manera directa o indirecta, con independencia del alcance concreto de tales facultades y de sus limitaciones expresas –aunque indeterminadas– impuestas por la norma, o tácitas –e igualmente sometidas a la más variada casuística– impuestas por las prácticas contractuales del sector.

Finalmente, y en el caso particular del artista creador de una interpretación audiovisual, se pone de manifiesto que los límites o excepciones, tanto las explícitas –legales o contractuales– como las tácitas, a ambas facultades morales –paternidad e integridad– condicionan el desenvolvimiento práctico de las mismas. Si bien las prácticas contractuales y la costumbre han ido asentado una situación de *pax romana* que tan sólo se ve alterada en contadas ocasiones en las que la vulneración resulta ser más grosera.

Así, pues, por las circunstancias apuntadas, pero sobre todo por la incertidumbre e inseguridad jurídica que acarrearán los conceptos indeterminados y ambiguos que utiliza nuestro legislador en

---

<sup>845</sup> NAVAS NAVARRO, Susana, *Anuario, óp. cit.*, pág. 325.

el art. 113 TRLPI, nos veremos avocados a una casuística muy variopinta de posibles vulneraciones de las facultades morales del artista sobre su interpretación audiovisual. Pues una cosa es eliminar todas las trabas posibles para facilitar la máxima comercialización de las obras y demás grabaciones audiovisuales, objetivo en el que todos los implicados en su producción están abrumadoramente de acuerdo, y otra bien distinta es debilitar las facultades morales del artista, incluso en mayor grado que las del autor, para alcanzar tal fin.

Sin el respeto a la paternidad y a la integridad sustancial de la interpretación audiovisual, por otro lado, será también difícil lograr una explotación eficaz y solvente de las obras audiovisuales, pues las facultades morales protegen el especial vínculo personalísimo del artista con su interpretación, dotándola de la impronta singular y de los matices necesarios para su credibilidad, y ello constituye, probablemente, el elemento de valor máspreciado por el público consumidor de tales contenidos, así como uno de los factores claves para la comercialización de las obras audiovisuales en cualquier formato.

#### **5.4.- Las facultades morales del artista en el Derecho internacional.**

Como se ha dicho *ut supra*, los derechos morales reconocidos a favor de los artistas, por asimilación con los derechos de autor, son, fundamentalmente y con carácter más internacional, los derechos de paternidad (también llamado *derecho al nombre*, y que faculta al intérprete para exigir que su nombre sea unido a su interpretación, ya sea su nombre civil o un nombre artístico o seudónimo) e integridad (que faculta al artista, o a las personas legitimadas, a velar porque la interpretación, en este caso audiovisual, no sufra deformaciones, modificaciones, mutilaciones o cualquier suerte de atentado que lesione sus legítimos intereses o prestigio). Pues bien, dicho régimen, con el carácter propio del marco jurídico que ahora contrastamos, el internacional, en esencia se reproduce al menos en los más recientes tratados supranacionales que regulan los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes. Más adelante nos adentraremos en profundidad en el derecho internacional afecto a las interpretaciones audiovisuales, de manera que, por coherencia y sistemática, allí nos remitimos, si bien ahora, seguidamente, abordaremos tan solo dicho ámbito del derecho referido en relación con las facultades morales en concreto.

Por tanto, y a nivel internacional, ante la significativa ausencia de derechos morales en la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecho en Roma el 26 de octubre

de 1961, el primer antecedente lo encontramos en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

El art. 5 del citado WPPT, bajo la rúbrica *derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes*, nos dice que *Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a (i) reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a (ii) oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación*<sup>846</sup>.

FICSOR, en la *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derecho Conexos administrados por la OMPI*<sup>847</sup>, expone las semejanzas de este precepto con el art. 6 bis del Convenio de Berna, “tal como indican las notas adjuntas al proyecto del artículo 5 de la Propuesta Básica, las disposiciones de este artículo están basadas en el artículo 6 bis del Convenio de Berna (sobre los derechos morales de autores). Los elementos comunes –que sólo manifiestan diferencias por cambios *mutatis mutandis*- son los siguientes: 1º.- Los derechos morales conferidos tanto a los autores como a los artistas intérpretes o ejecutantes existen ‘independientemente de los derechos patrimoniales [...], e incluso después de la cesión de estos derechos’. (Esto indica implícitamente que los derechos patrimoniales son transferibles en virtud del WPPT, del mismo modo que en virtud del Convenio de Berna); 2º.- No existe referencia en el art. 6 bis del Convenio de Berna ni en el art. 5 del WPPT a la cuestión de la inalienabilidad (prohibición de transferencia *inter vivos*) de los derechos morales. A este respecto, en las notas a la Propuesta Básica –cuya validez no se cuestionó en la Conferencia Diplomática– ofrecen las observaciones

---

<sup>846</sup> Artículo 5 (*Derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes*) del WPPT de 1996: (1) *Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación.* (2) *Los derechos reconocidos al artista intérprete o ejecutante de conformidad con el párrafo precedente serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte Contratante en que se reivindique la protección. Sin embargo, las Partes Contratantes cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación del presente Tratado o de la adhesión al mismo, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del artista intérprete o ejecutante de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo precedente, podrán prever que algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del artista intérprete o ejecutante.* (3) *Los medios procesales para la salvaguardia de los derechos concedidos en virtud del presente Artículo estarán regidos por la legislación de la Parte Contratante en la que se reivindique la protección.*

<sup>847</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, óp. cit., pág. 249.

siguientes: ‘El artista intérprete o ejecutante puede ejercer sus derechos morales, y tiene la opción de no ejercer estos derechos; incluso puede renunciar a ellos. Por poner un ejemplo, un artista intérprete o ejecutante puede, bajo contrato, renunciar indefinidamente a que se le identifique como el artista intérprete de una interpretación o ejecución concreta. La situación de un artista intérprete o ejecutante de una interpretación o ejecución determinada no puede, naturalmente, transferirse, nadie puede ocupar su puesto en este sentido’<sup>848</sup>. Así, un artista podría convenir contractualmente en abstenerse a ser identificado como el intérprete de una interpretación determinada. Naturalmente, la postura del artista intérprete o ejecutante como artista intérprete o ejecutante -creador- de una interpretación o ejecución dada no puede transferirse. En ese sentido, nadie puede ponerse en su lugar.

Además del derecho del artista a ser identificado como el intérprete o ejecutante de su interpretación o ejecución, el art. 5.1) recoge su derecho a oponerse a cualquier deformación, etc. que pudieran causar perjuicio a su reputación. Al igual que en el caso de los derechos de los autores, las alteraciones o modificaciones *per se* no afectan a los derechos morales. Lo determinante es si dichas alteraciones o modificaciones dañan o no la reputación del artista.

Los apartados 2) y 3) del art. 5, sobre la duración de la protección y los medios procesales para la salvaguardia de los derechos, respectivamente, son versiones del art. 6 bis 2) y 3) del Convenio de Berna. También los derechos morales de los artistas se mantendrán después de su muerte, *por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales*, y serán ejercidos *por las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte Contratante en que se reivindique la protección*. Esta duración *post mortem* podrá, sin embargo, ser omitida por las Partes Contratantes respecto de aquellos derechos para los que su legislación, en el momento de la ratificación o adhesión al WPPT, no previese la protección después de la muerte del artista en el momento de la ratificación o adhesión al WPPT.<sup>849</sup>

En todo caso, debemos recordar aquí, que las disposiciones del WPPT se refieren exclusivamente a los artistas intérpretes o ejecutantes del ámbito musical.

---

<sup>848</sup> *Vid.* notas a la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas del Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas (WPPT) – documento OMPI CRNR/DC/5, de 30 de agosto de 1996, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/cnr\\_dc/cnr\\_dc\\_5.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/cnr_dc/cnr_dc_5.pdf).

<sup>849</sup> Artículo 5.2) WPPT

El más reciente Tratado de Beijing establece en su art. 5 (*derechos morales*)<sup>850</sup> idéntica protección moral que el WPPT de 1996 en el mismo numeral, si bien referido aquél a las interpretaciones o ejecuciones en directo o las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales<sup>851</sup>, y con la precitada declaración concertada.

Las características y los denominadores comunes que se extraen de los citados tratados internacionales (WPPT y Tratado de Beijing) respecto de las facultades morales del artista sobre sus interpretaciones o ejecuciones, son las siguientes:

- El derecho de paternidad alude a la identificación del artista, de modo que la misma bien puede llevarse a cabo mediante el nombre civil o mediante el nombre artístico o seudónimo adoptado por el artista. Y el derecho a la integridad está vinculado a que la modificación, deformación o mutilación de la interpretación cause perjuicio a la reputación del artista.
- Las facultades morales son independientes de los derechos patrimoniales y tienen carácter intransmisible e irrenunciable. No obstante, como forma de ejercicio mismo de su derecho, el artista puede decidir no hacerlo –o ejercitarlo mediante la autorización a un tercero-, entendiendo en tal caso que cabe su disposición con carácter concreto y limitado, incluso más allá de los límites y excepciones que se le imponen<sup>852</sup>.

---

<sup>850</sup> Artículo 5 (Derechos morales) del Tratado de Beijing de 2012, sobre Interpretaciones o Ejecuciones Audiovisuales: *1. Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo que atañe a sus interpretaciones o ejecuciones en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, el derecho a: i) reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución; y ii) oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación, tomando debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales. 2. Los derechos reconocidos al artista intérprete o ejecutante de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1, serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte Contratante en que se reivindique la protección. Sin embargo, las Partes Contratantes cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación del presente Tratado o de la adhesión al mismo no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del artista intérprete o ejecutante de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo anterior, podrán prever que algunos de esos derechos no sean mantenidos después de la muerte del artista intérprete o ejecutante. 3 Las vías de recurso para la salvaguardia de los derechos reconocidos en virtud del presente artículo estarán regidas por la legislación de la Parte Contratante en la que se reivindique la protección.*

<sup>851</sup> Conforme al artículo 2 de este Tratado se entiende por *fijación audiovisual*: la incorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de la representación de estos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo.

<sup>852</sup> Tal supuesto, no obstante, no es equiparable al abandono del derecho a favor de un tercero con efectos traslativos, de modo que ello implique para el titular la pérdida o extinción del derecho. MARTÍNEZ ESPÍN manifiesta su opinión en el sentido de que el carácter irrenunciable del derecho moral prohíbe la renuncia global y definitiva al derecho de paternidad, pero no aquella renuncia concreta y temporal que permite, en todo caso, una revocación a posteriori de la misma. Considera que el derecho en sí es indisponible, inalienable e irrenunciable, pero una manifestación concreta del derecho sí sería disponible –MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2007, *óp. cit.*, pág. 228.



- La duración de tales derechos se extiende, como mínimo, al plazo de protección de los derechos patrimoniales. Es decir, son independientes y podrán conservarse incluso después de que los patrimoniales agoten su plazo de protección.
- Se admite también el ejercicio *post mortem* de tales facultades morales por parte de las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte Contratante en la que se reivindique la protección, salvo que la legislación en vigor de dicha Parte Contratante no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del artista intérprete o ejecutante de todos los derechos morales reconocidos.
- Los medios procesales para la salvaguardia de estos derechos también se rigen por la legislación de la Parte Contratante en la que se reivindique la protección.
- Los derechos morales del artista, como ningún otro, no tienen carácter absoluto, sino que caben límites, excepciones o condiciones motivadas por la manera de utilizar la interpretación o ejecución<sup>853</sup>, siempre que el acto de explotación sea, al menos, lícito. De hecho y por lo que respecta a las interpretaciones audiovisuales, la *Declaración Concertada* al art. 5 del Tratado de Beijing no deja margen para la duda cuando nos recuerda que, a los efectos de ese Tratado y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro tratado, *queda entendido que, habida cuenta de la naturaleza de las fijaciones audiovisuales y de su producción y distribución, las modificaciones de una interpretación o ejecución que se efectúen durante la explotación normal de la interpretación o ejecución, tales como la edición, la compresión, el doblaje, o el formateado, en medios o formatos nuevos o existentes, y que se efectúen durante el uso autorizado por el artista intérprete o ejecutante, no serán consideradas como modificaciones en el sentido del artículo 5.1.ii). Los derechos contemplados en el artículo 5.1.ii) guardan relación solamente con los cambios que sean objetivamente perjudiciales de manera sustancial para la reputación del artista intérprete o ejecutante. Queda entendido también que el simple uso de tecnologías o medios nuevos o modificados, como tales, no será considerado como modificación en el sentido del artículo 5.1.ii).*

---

<sup>853</sup> FICSOR no observa diferencias con el derecho previsto en el art. 6 bis del Convenio de Berna y estima que en ambos casos – respecto de autores y artistas- puede suprimirse el nombre si la forma de utilizar la obra lo hace imposible o muy poco práctico. Respecto de los artistas, cita como ejemplo –el mencionado en la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1996- la imposibilidad de identificar un gran número de intérpretes o ejecutantes de una orquesta en radiodifusión -FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, óp. cit., pág. 250.

En análogo sentido, la Comunidad Andina de Naciones, a través de la Decisión 351 de 1993, relativa al Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, reconoce a favor de los artistas intérpretes derechos de contenido moral en términos similares a los apuntados en otras normas supranacionales: derechos de paternidad y de integridad (art. 35)<sup>854</sup>. El Tribunal de Justicia de La Comunidad Andina<sup>855</sup>, en relación con las facultades que engloba el concepto de derechos morales, entre las que se encuentra la de reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento, recopila cuáles son los aspectos esenciales de este concreto derecho<sup>856</sup>.

En el ámbito del Derecho Comunitario europeo, como se ha dicho, no existe un marco armonizado en relación con los derechos morales del autor o del artista, habida cuenta que ninguna de las directivas comprende en su ámbito de aplicación tales derechos<sup>857</sup>. Cumple traer a colación de nuevo y tan solo el Considerando 19 de la Directiva 2001/29/CE que, a pesar del carácter “horizontal” de esta Directiva, previene que *el derecho moral de los titulares de derechos debe ejercerse de conformidad con lo dispuesto en la legislación de los Estados miembros, en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, en el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y en el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas. Dicho derecho moral no entra en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.*

Por último y al respecto, se ha de hacer mención de la protección que dispensan a los intereses morales del artista –también del autor– sobre sus creaciones otros tratados de orden supranacional, al margen de los especiales de la materia. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su art. 27.2 dispone que *toda persona tiene derecho a la*

---

<sup>854</sup> Artículo 35 de la Decisión andina 351 de 1993: *Además de los derechos reconocidos en el artículo anterior, los artistas intérpretes tienen el derecho de: a) Exigir que su nombre figure o esté asociado a cada interpretación o ejecución que se realice; y, b) Oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación o ejecución que pueda lesionar su prestigio o reputación.*

<sup>855</sup> Resolución de 4 de diciembre de 2012, por la que procede a resolver la solicitud de Interpretación Prejudicial formulada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

<sup>856</sup> Estos pueden ser enunciados de manera sintetizada: (1) El autor es el gestor de la creación intelectual, por lo cual tiene el derecho de que, cuando la obra se da a conocer al público, a través de cualquier medio, esta contenga su nombre; derecho que se conoce como de *paternidad de la obra* (interpretación Prejudicial del 17 de marzo de 2004, proferida dentro del proceso 139-IP-2003); (2) El derecho de paternidad tiene naturaleza inalienable, de este modo aún efectuada la cesión de los derechos patrimoniales, el creador de la obra seguirá teniendo su derecho de reivindicar la paternidad de la misma; (3) Esta facultad no se extingue con la muerte del autor, tiene carácter perpetuo; (4) El derecho de paternidad de la obra otorga la posibilidad de exigir que se mencione al autor cuando este se ha omitido y, por el otro, de defender la autoría de la obra cuando esta es cuestionada; (5) Lo que realmente protege este derecho es la relación obra - autor de la manera como este ha escogido, y por medio de la cual la autoría de su obra es conocida. En consecuencia, se protege el verdadero nombre, el seudónimo, o anónimo, de conformidad con la voluntad del autor de la obra.

<sup>857</sup> De hecho, a pesar de que en su día la Comunicación de la Comisión previa a la Propuesta de Directiva abordó el tema de la protección de los derechos morales (junto con otras cuestiones relacionadas con la gestión de los derechos o la legislación aplicable), posteriormente se decidió que, antes de elaborarse una medida de armonización al respecto, era necesario estudiar con más detalle los avances que se produjeran en el mercado (Propuesta de Directiva del parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, de 10.12.1997. COM (97) 628 final).

*protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.* En términos prácticamente idénticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966<sup>858</sup>, a través de su art. 15.1.c) establece que *los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a (...) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.* Y por último, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948<sup>859</sup>, en su art. 13, *in fine*, calca y consagra el derecho de toda persona a la *protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas o artísticas de que sea autor.* Todos ellos de aplicación indistinta al autor y al artista, pues sus propósitos son proteger los intereses morales o espirituales de los creadores, al tiempo que son derechos que se proclaman respecto de *toda persona*.

## **6.- EL DERECHO DE PATERNIDAD DEL ARTISTA.**

### **6.1.- Configuración general y fundamentación específica.**

Igual que el autor respecto de su obra (art. 14.2º y 3º TRLPI), el artista ostenta el derecho moral a ser reconocido como el autor de su interpretación y que dicha relación jurídica permanezca por siempre (art. 113.1 y 3 TRLPI). Derecho o facultad que comprende la de utilizar el nombre civil o un seudónimo o nombre artístico que, además, resulta ser lo habitual en el ámbito de las interpretaciones audiovisuales, tal y como tendremos oportunidad de ver más adelante.

El derecho de paternidad, también llamado “derecho al nombre”, es definido por LIPSZYC como el derecho que tiene el intérprete a que se reconozca su condición de creador de su obra – interpretación-, y a “que su nombre sea unido a su interpretación”<sup>860</sup>. PÉREZ DE CASTRO define el derecho de paternidad como “el derecho al reconocimiento del nombre del artista intérprete o ejecutante sobre sus interpretaciones o ejecuciones”<sup>861</sup>.

---

<sup>858</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2200ª (XXI), el 19 de diciembre de 1966, Nueva York, entró en vigor el 3 de enero de 1976, y fue ratificado por España el 13 de abril de 1977.

<sup>859</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (de la Organización de los Estados Americanos), Bogotá, Colombia, 1948.

<sup>860</sup> LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor*, *óp. cit.*, pág. 377.

<sup>861</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Los derechos morales del artista*, *óp. cit.*, pág. 7.

El art. 113.1 TRLPI regula esta facultad en los siguientes términos: *El artista intérprete o ejecutante goza del derecho irrenunciable e inalienable al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizarlas (...)*. Esta redacción es fruto de la reforma operada al TRLPI por la Ley 23/2006, de 7 de julio, y coincide en esencia con la definición y alcance que de tal facultad contemplan el WPPT de 1996 y el Tratado de Beijing de 2012, con la diferencia visible de que nuestro texto nacional explicita el carácter irrenunciable e inalienable de este derecho de paternidad. La primigenia regulación de esta facultad en el art. 107 de la LPI de 1987, y hasta la reforma de 2006, carecía de los caracteres de irrenunciabilidad, inalienabilidad y “perpetuidad”, si bien, considerando la naturaleza de la misma, su analogía con las del art. 14. 2º y 3º, así como los derechos de la personalidad implicados en la interpretación audiovisual, cabría deducirla igualmente.

Obviamente, la Ley 23/2006 no solo explicita tales caracteres, sino que refuerza la naturaleza de este derecho moral y por ello hay que aplaudirlo<sup>862</sup>. En el debe de esta reforma, sin embargo, y aunque ello se alinea con las orientaciones del derecho comparado e internacional de la época, hemos de anotar la nueva limitación que a tal facultad establece dicha reforma: *cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizarlas* [las interpretaciones o ejecuciones].

En definitiva, este derecho, como los demás de contenido moral, suele configurarse como irrenunciable e inalienable<sup>863</sup>, así como, en algunos ordenamientos jurídicos, perpetuo<sup>864</sup>. Y conlleva la obligación de toda persona que divulgue la interpretación o ejecución de atribuirla a la persona del artista, ya que este tiene la facultad de exigir que su identidad sea clara respecto de su actuación o interpretación<sup>865</sup>. También tiene derecho el artista a defender su autoría cuando esta no se reconoce o no se menciona<sup>866</sup>.

---

<sup>862</sup> Dicha mejora, reclamada por los artistas desde antiguo por coherencia legislativa con la regulación de los derechos morales del autor, constituye un auténtico ejemplo de clarificación de aspectos que, en todo caso, se entendían implícitos en las facultades morales conferidas a los artistas, tal y como hemos apuntado.

<sup>863</sup> Vid. nota al pie núm. 830.

<sup>864</sup> Las tres características esenciales (irrenunciabilidad, inalienabilidad y imprescriptibilidad) de este derecho moral del artistas se introdujeron en nuestro TRLPI a través de la reforma operada por la Ley 23/2006.

<sup>865</sup> Dice PÉREZ DE CASTRO que el artista podrá exigir que “*su nombre aparezca en forma adecuada en los créditos de las obras audiovisuales*” añadiendo que, al introducir el término de “*forma adecuada*” no sólo se refiere a los aspectos gráficos, sino también a que en la proyección o en otros medios de comunicación pública no sean eliminados -PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Los derechos morales del artista*, *op. cit.*, pág. 7.

<sup>866</sup> En el Forum Internacional sobre interpretaciones audiovisuales, que se celebró en Madrid del 4 al 7 de Octubre de 1999, organizado por AISGE, ANNA GALIENA, importante actriz italiana, expuso en su presentación acerca de los derechos morales sobre las interpretaciones audiovisuales, el fenómeno, por desgracia muy frecuente, de las películas que se emiten por televisión y cortan los créditos finales, impidiendo así conocer quiénes eran los actores que participaban en la obra audiovisual. Pero también destacaba otro hecho, ya que, en cierta obra, su interpretación desapareció, pero no así su nombre en los créditos, lo que también supuso un perjuicio para la actriz. En Forum Internacional sobre interpretaciones audiovisuales, publicado por AISGE, Madrid, 1999, pág. 66.

Ahora bien, el reconocimiento del artista intérprete o ejecutante se llevará a cabo en la forma que este haya escogido o pactado, pudiendo incluso, si así lo desea, utilizar un seudónimo. Normalmente, este derecho es respetado y objeto de muchas negociaciones a nivel contractual, ámbito este en el que no solo se discute el hecho de que aparezca el nombre del artista sino también cómo debe aparecer. En este sentido, a modo de ejemplo, uno de los medios formales utilizados y negociados a la hora de la presentación de los actores en una película es el tamaño, orden y lugar en que aparece el nombre del actor en la cartelera promocional de la misma y en los denominados títulos de crédito. Cuando el nombre de un artista aparece en letras de gran tamaño, la popularidad o categoría del actor es mayor; y a mayor popularidad o categoría, mayor será el valor comercial de su interpretación<sup>867</sup>.

Además, y como hemos anticipado, la reforma del TRLPI llevada a cabo por la Ley 23/2006 introduce la novedad, no tan acertada como las anteriores mencionadas, de la excepción o limitación al derecho al reconocimiento del nombre del artista sobre sus interpretaciones cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución. Y es que, como hemos apuntado *ut supra*, la falta de concreción de los supuestos o condiciones que hacen lícita esa supresión de los títulos de crédito mediante los que se identifica al artista, hacen de esta previsión un cajón de sastre al que podrán acudir los usuarios bajo cualquier pretexto, dejando vacío de contenido este derecho de vital importancia para el artista -no olvidemos que el mismo conlleva un plus para el artista, al garantizar su promoción profesional<sup>868</sup>. Esta restricción podría mermar o perjudicar, a su vez, los derechos del consumidor o espectador de la interpretación, viéndose frustrada su legítima expectativa a conocer o identificar quién es el interprete que en muchos casos actúa como reclamo publicitario o como incentivo legítimo para el cinéfilo, telespectador o internauta.

Un gran número de legislaciones<sup>869</sup> hacen referencia a este derecho de paternidad del artista, tanto a nivel europeo como latinoamericano y, por supuesto, el WPPT de 1996 y el Tratado Beijing de 2012. Tradicionalmente los países de corte anglosajón no prevén en sus legislaciones una regla sobre el derecho moral de paternidad como las reconocidas en las legislaciones

---

<sup>867</sup> LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor*, *óp. cit.*, pág.377.

<sup>868</sup> Ese efecto perjudicial se observa con mayor rigor, por ejemplo, con relación a los actores de doblaje que, a diferencia del artista cuya imagen aparece en pantalla y que puede ser reconocido por la misma, tan solo pueden ser identificados como intérpretes en cuanto su nombre aparezca en los títulos de crédito.

<sup>869</sup> Entre ellas, las de los siguientes países: Alemania, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Suecia, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

europeas o latinoamericanas, pero aparecen disposiciones que permiten deducir su posible existencia o alcanzar un nivel adecuado de protección, tanto de la interpretación como de la personalidad del artista. Sobre ello volveremos más adelante con toda profundidad de miras y en varias ocasiones, perspectivas y análisis.

Cabría decirse, por otro lado, que el derecho de paternidad ofrece un contenido a su titular con dos vertientes o sentidos: el positivo y el negativo. El positivo le faculta para exigir figurar en títulos de crédito si su interpretación quedó fijada en la versión definitiva de la obra cinematográfica o audiovisual, y, además, hacerlo en la forma que él mejor considere o pacte, incluido bajo seudónimo. La negativa le faculta, por el contrario, para exigir que no figure en los títulos de crédito -de ningún modo- si, a pesar de haber realizado la interpretación y de haber sido fijada, sin embargo, el director-realizador o montador deciden no incorporar tal interpretación a dicha versión definitiva de la obra audiovisual, o, como también ha sido el caso, figurar un actor en los títulos de todos los capítulos de una serie o novela televisiva cuando no participó en todos ellos (circunstancia que es común que se produzca también a la inversa).

En definitiva y como se ha dicho, el derecho del autor y del artista al reconocimiento de su nombre sobre su obra o interpretación artística fijada -como es la audiovisual- se reconoce en múltiples legislaciones sobre propiedad intelectual. Este primigenio derecho de autor es identificado por un sector de la doctrina científica con el derecho de paternidad, atribuyendo al mismo los caracteres de las facultades personalísimas: la inalienabilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad<sup>870</sup>.

## **6.2.- El nombre artístico.**

### **6.2.1.- Aproximación al tema.**

A diferencia de otros ámbitos, incluso más generalizado que respecto de los autores literarios, para los artistas (actores, bailarines y cantantes, fundamentalmente) la utilización de un seudónimo o nombre artístico diferente del civil se ha convertido en la regla general.

---

<sup>870</sup> Para otro sector doctrinal, especialmente en relación con diferenciación que establece la legislación española en el artículo 14 de la LPI, conforme a la redacción dada al mismo desde 1987, entronca con el derecho de divulgación, en su aspecto negativo, en cuanto facultad del autor de determinar que la divulgación de la obra se lleve a cabo manteniendo el anonimato o su identidad oculta mediante la utilización de un seudónimo. *Vid.* MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, 2ª ed., Tecnos, Madrid 1997, pág. 226.

En el caso particular del actor o el bailarín, y desde los orígenes de la interpretación, la máscara cumplía la función de ocultar su verdadera identidad, al tiempo que ayudaba a definir y acercar el personaje al público mediante las especiales caracterizaciones con que se diseñaba, adornaba o se pintaba dicha máscara, junto con el resto del atuendo.

La historia del teatro nos ofrece asimismo numerosos ejemplos de actores que fueron conocidos por su seudónimo o apodo, y bajo tal condición adquirieron gran resonancia social. Pero es sobre todo a partir del siglo XX y la irrupción del cine, la radio y, posteriormente, la televisión (es decir, los medios de comunicación de masas), cuando tales artistas (junto con los cantantes) adquirieron notoriedad social, prestigio y fama pública hasta el punto de convertirse en verdaderos referentes sociales; lo cual conllevó a que el uso de un seudónimo o nombre artístico se extendiera de manera extraordinaria, y adquiriese así toda la fuerza comercial que requería la publicidad y la propia explotación de las obras audiovisuales.

Los artistas, actores y bailarines, acudieron a la fórmula del seudónimo o nombre artístico de manera generalizada y buscando virtualidades diversas *v.gr.* alcanzar mejor sonoridad artístico-comercial; lograr una identidad pública de amplia resonancia; eludir connotaciones sociales, étnicas o culturales adversas; establecer nombres de fantasía o para homenajear a personas admiradas; y por razones de seguridad personal y familiar. Es decir, los motivos por los que un artista adopta un nombre artístico son múltiples y, hasta cierto punto, dicha costumbre es de general aceptación por el público y ha adquirido plena normalidad. Hoy ya es difícil reconocer a un artista famoso por su nombre civil al haber adquirido su nombre artístico todo el peso identificativo *erga omnes*.

La nómina de artistas –actores y actrices- de notoriedad mundial que son y han sido conocidos por el gran público a través de sus seudónimos sería extensísima<sup>871</sup>.

### **6.2.2.- El nombre civil.**

El nombre es el apelativo mediante el cual se individualiza a la persona y se la distingue de las demás. Conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, *Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un*

---

<sup>871</sup> Tan solo por citar, a título meramente ilustrativo, a actores y actrices de cierta relevancia conocidos tan solo por su nombre artístico o seudónimo: Sara Montiel (Antonia Abad Fernández), Marisol (Josefa Flores), Rocio Durcal (María de los Ángeles de las Heras), Aldo Sambrel (Alfredo Sánchez Brell), Rock Hudson (Roy Harold Scherer, Jr.), Marilyn Monroe (Norma Jeane Mortenson).

*nombre* (art. 24.2º). Este *derecho al nombre* ha sido incorporado en todos los ordenamientos jurídicos modernos, en los que suele imperar el sistema de asignación de nombre o nombres de la familia (patronímico o apellidos), anteponiéndoles otro personal.

Por su parte, el art. 109 de nuestro Código civil nos recuerda que la filiación determina los apellidos y regula el orden de los mismos, así como los supuestos de modificación de dicho orden. Tal régimen lo desarrollan los arts. 55 y 56 de la Ley de Registro Civil de 1957. Asimismo, la precitada Ley dedica el Capítulo III de su Título V al nombre y los apellidos<sup>872</sup>.

Por tanto, y más allá de la regulación que cada ordenamiento jurídico prevea respecto del nombre civil de una persona, parece universal el hecho de que dicho nombre civil o legal se compone del *nombre propio*, o *de pila*, normalmente asignado por quien ostenta la *patria potestad* sobre el recién nacido (con carácter general, el padre y la madre), y del *apellido* o *apellidos*, determinados por la filiación.

Asimismo, el nombre civil puede analizarse desde una doble perspectiva: como derecho de la personalidad, o derecho de la persona a distinguirse de los demás mediante su individualización dentro de una comunidad determinada; y como institución administrativa, mediante el cual los ciudadanos se hacen identificables en sus relaciones con la Administración y entre los particulares. Mas, en todo caso, la persona puede ser identificada o individualizada mediante otro apelativo distinto de su nombre civil o legal. Es el caso del *sobrenombre* o *alias*, con el que el individuo, ocultando su nombre civil o legal, se presenta ante los demás.

La utilización de sobrenombre o alias puede obedecer a cuestiones meramente afectivas (es el caso de los *nombres hipocorísticos* –apelativos cariñosos, familiares o eufemísticos utilizados en lugar del nombre civil o legal), estético-comerciales (el caso del *nombre artístico*, o *seudónimo* utilizado por los artistas y demás personas con proyección pública), o incluso jurídicas (a cuyo fin prefiere mantener oculto su nombre civil o legal).

---

<sup>872</sup> Concretamente, su art. 53 establece que *Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la Ley ampara frente a todos*, y el siguiente art. 54 que *En la inscripción se expresará el nombre que se da al nacido, si bien no podrá consignarse más de un nombre compuesto, ni más de dos simples. Quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo. No puede imponerse al nacido nombre que ostente uno de sus hermanos, a no ser que hubiera fallecido, así como tampoco su traducción usual a otra lengua. A petición del interesado o de su representante legal, el encargado del Registro sustituirá el nombre propio de aquel por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas españolas*. Tanto el nombre como los apellidos pueden ser cambiados si media justa causa (arts. 57 y ss. de la LRC).



Por su parte, el *apodo* es el sobrenombre con el que otras personas identifican a un individuo, incluso contra su propia voluntad -ya sea porque no le resulte estética o fonéticamente atractivo, o porque haya sido tomado de sus posibles defectos corporales o intelectuales (como suele ser el caso). Del mismo modo que el apodo no es necesariamente insultante, e incluso puede considerarse como una muestra de afecto y aceptación, también puede suceder que tenga por finalidad ridiculizar al individuo. Por lo tanto, el apodo no es nombre hipocorístico, al menos en la medida en que no tenga finalidad afectiva, ni nombre artístico *stricto sensu*, en tanto en cuanto no es el sujeto quien lo escoge, sino que le viene impuesto -lo cual no impide que el artista pueda decidir darse a conocer públicamente con ese apodo, en cuyo caso sería, además de apodo, nombre artístico.

A los efectos que aquí interesan, y por lo que concierne a los artistas, es necesario distinguir entre nombre civil y nombre artístico, pues ambos producen efectos jurídicos relevantes y en gran medida protegidos, aunque tales efectos y fines son diversos.

### 6.2.3.- El seudónimo o el “nombre artístico”.

El nombre artístico es el seudónimo utilizado por los artistas y demás personalidades públicas, en especial por los actores, músicos, escritores y celebridades en general, ya sea con el fin de proteger su propia identidad o por otros como los ya apuntados. El Diccionario de la lengua española<sup>873</sup> admite tres acepciones del término “seudónimo”: (1) *Dicho de un autor: Que oculta con nombre falso el suyo verdadero*; (2) *Se dice de la obra de este autor*; (3) *Nombre utilizado por un artista en sus actividades, en vez del suyo propio*.

Si bien las tres acepciones comparten origen, el alcance y efectos de la utilización de un seudónimo no son los mismos en el caso de los autores que en el de los artistas. Así, mientras la divulgación de la obra bajo seudónimo es un derecho expresamente reconocido al autor que desea *ocultar* su verdadera identidad<sup>874</sup> (art. 14.1º y 2º TRLPI), la utilización de seudónimo por

---

<sup>873</sup> Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), 22ª edición, Madrid, 2001.

<sup>874</sup> Voluntad que quedó patente, por ejemplo, cuando la autora británica J.K. Rowling, tras el éxito de la serie de novelas fantásticas de Harry Potter, decidió publicar una novela policiaca, *La llamada del Cuco*, bajo el seudónimo de Robert Galbraith. La verdadera identidad de la autora quedó al descubierto pocas semanas después de su publicación en el Reino Unido y en los Estados Unidos, con ocasión de una filtración a los medios causada por la indiscreción de uno de los abogados de la propia Rowling. Con independencia del efecto que dicha revelación tuvo en las cifras de ventas, lo cierto es que Rowling decidió emprender acciones frente a los responsables de la filtración, quienes finalmente tuvieron que hacer frente al pago de una considerable indemnización por haber frustrado su voluntad (y derecho) de mantener oculta su verdadera identidad. Y es que tal y como manifestara Rowling, su deseo fue el de publicar una novela policiaca bajo seudónimo, “*para poder escribir y publicar sin presiones, y que el libro fuese leído sin prejuicios de ningún tipo*”. Es decir, quería publicar un libro para ver qué sucedía con

parte del artista (*nombre artístico*) obedece a su voluntad de ser públicamente conocido bajo dicho nombre. En uno y otro caso, además, el seudónimo podría asimilarse a la *marca* o signo distintivo empleado por el autor o por el artista, aunque en uno y otro caso el objeto que se pretende identificar y distinguir no es el mismo. Así, mientras el seudónimo del autor está vinculado a su obra, en el caso del artista está vinculado a su imagen, a su voz y a cualesquiera otros rasgos distintivos de su propia personalidad.

En efecto, hoy el propósito más generalizado del uso de un nombre artístico o seudónimo por parte de un artista no se sitúa tanto en el de ocultación de su identidad, pues a diferencia del autor, en la mayoría de los casos, da la cara y por tal se le conoce, como en la necesidad o costumbre ya extendida de usar un nombre diferente al civil, precisamente, para mejorar su identificación profesional o artística, ya sea por su mejor sonoridad, por desprenderse de un nombre complejo o malsonante, separar la actividad creadora de la personal, generar una marca y todo lo que ello conlleva al ámbito del marketing, promoción comercial, etc<sup>875</sup>.

---

él, qué decía la crítica y cómo le iba en ventas sin que su verdadero nombre, famoso a nivel mundial, creara prejuicios en los lectores, en los críticos, en los editores extranjeros, etc.

<sup>875</sup> En efecto, las virtualidades, objetivos y efectos buscados con el “nombre artístico” responden a una multiplicidad de motivos, de tal suerte que tan solo acudiendo a la casuística o a cada supuesto podríamos esbozar la pertinencia y fundamento que da cada uno de ellos. Los artistas, como se ha dicho, suelen adoptar un nombre artístico distinto a su nombre civil o legal. Generalmente el objetivo perseguido es estético, e incluso comercial, aunque también puede darse el caso de artistas que opten, sencillamente, por proteger su verdadera identidad o al menos algún rasgo de la misma. En definitiva, los motivos y objetivos son variados y solo a efectos meramente didácticos los podemos agrupar de modo muy genérico en la siguiente forma: a) Motivos de privacidad: La búsqueda de la privacidad se presenta a menudo como uno de los principales motivos para el uso de seudónimo. Lo que el artista persigue en este caso es evitar situaciones molestas o incómodas, como el acoso por parte de fanáticos o de los periodistas, quienes pueden llegar a encontrar fácilmente información personal a través del nombre civil o legal del artista – por ejemplo, a través de los correspondientes registros, tanto públicos como privados, podrían llegar a obtener información de su domicilio y teléfono. En otra época había incluso quien pretendía evitar el acoso del gobierno, especialmente en aquellos casos en los que los artistas eran objeto de persecución por no comulgar con la ideología del Estado; b) Motivos familiares: Algunas personas que están relacionadas con una celebridad adoptan apellidos artísticos distintos a los de su filiación, a fin de evitar cualquier relación entre su parentesco y el mayor o menor éxito de su carrera profesional. Ejemplos de estos son Nicolas Cage (nombre real Nicholas Coppola, sobrino de Francis Ford Coppola) y Mike McGear (hermano de Paul McCartney). Por el contrario, hay artistas que deciden adoptar el nombre artístico de algún miembro célebre de su familia, o cambian el orden de sus apellidos con el mismo objeto: mostrar su parentesco o conexidad con aquel o aquellos familiares ya famosos. Por ejemplo, Charlie Sheen (Carlos I. Estévez) optó por el apellido artístico de su padre, Martin Sheen. Otro caso es el de Miguel Bose, que adoptó los apellidos artísticos de su madre, Lucia Bosé (Lucia Borloni) y de su padre, Luis Miguel Dominguín (Luis Miguel González); c) Motivos étnicos: Han existido muchos casos de artistas que optaron por un nombre artístico completamente diferente del civil o legal, por motivos étnicos y al objeto de evitar posibles discriminaciones. Uno de los ejemplos más famosos es el cantante de Queen, Freddie Mercury, quien abandonó su nombre legal (Farookh Bulsara) al objeto de ocultar su herencia cultural parsí o zoroástrica. Los artistas italoamericanos también acostumbraban a cambiar sus apellidos, y hasta sus nombres completos. Así, la actriz Bernadette Peters, quien nació con el nombre de Bernadette Lazzara, cambió su nombre para no ser etiquetada como una típica chica italiana de Nueva York. Similarmente, y un caso aún más famoso, fue el del cantante de Aerosmith, Steven Tyler, que cambió su nombre legal (Stephen Victor Tallarico) “para promocionarse mejor en la escena del rock”. También Ramón Estévez cambió su nombre por el de Martin Sheen, debido a que esperaba una mejor recepción para un nombre irlandés que un nombre hispano; su hijo Carlos I. Estévez es conocido como Charlie Sheen, mientras que su otro hijo, Emilio Estévez, decidió usar su nombre legal o civil. Otro caso fue el del legendario actor Anthony Quinn, cuyo nombre legal era Antonio Rodolfo Quinn Oaxaca, o la afamada actriz Rita Hayworth, nacida como Margarita Carmen Cansino; d) Motivos legales: Los gremios y asociaciones profesionales que representan a los actores, como Screen Actors Guild –American Federation of Television and Radio Artists (SAG-AFTRA) en los Estados Unidos-, y Equity en el Reino Unido, no aceptan a dos miembros con un mismo nombre artístico. Un actor cuyo nombre artístico conste en uso por otro actor ya afiliado, debe elegir un nuevo nombre para poder formar parte de estas organizaciones. Entre los ejemplos notables se incluyen Nathan Lane, cuyo nombre de nacimiento, Joseph Lane, ya estaba en uso; Stewart Granger, cuyo nombre de nacimiento era James Stewart; Katy Perry, cuyo nombre original es Katy Hudson pero lo cambió para no ser confundida con la actriz Kate Hudson; y Michael Keaton, cuyo nombre de nacimiento era Michael Douglas; e) Motivos contractuales: También puede suceder que en ciertos eventos, y

Como ya hemos estudiado, el TRLPI contempla de manera específica los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes, entre los que se halla el derecho de paternidad -en el que ubicamos el tratamiento de las interpretaciones bajo seudónimo-, así como una serie de disposiciones que, en sede de derecho de autor, aluden específicamente a la obra divulgada bajo seudónimo. La doctrina científica<sup>876</sup> admite ese mismo tratamiento respecto de las interpretaciones bajo seudónimo, aún cuando a diferencia de lo previsto en el art. 14 del TRLPI, el art. 113 no contenga una mención expresa al seudónimo o nombre artístico<sup>877</sup>.

No obstante, aún si con carácter muy excepcional el artista utilizase seudónimo *ocultativo*, en lugar de *transparente* -que es lo propio y habitual-, habría que entender que el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponden respectivamente al productor de la obra o grabación audiovisual, por analogía con lo dispuesto en el art. 6 del TRLPI<sup>878</sup>.

#### **6.2.4.- El seudónimo transparente, heterónimo, nombre de arte o artístico, en relación con las interpretaciones audiovisuales.**

Como hemos dicho, entre las diferentes facultades o posibilidades de actuación del artista, se hallaría la de decidir si quiere ser identificado como sujeto creador, mediante el nombre real o cualquier otro que lo identifique (nombre artístico o seudónimo transparente), o mantener el anonimato o su identidad oculta mediante un seudónimo.

---

generalmente por razones contractuales, algunos artistas cambien o adopten un nombre artístico distinto al que utilizan habitualmente. Por ejemplo, Michael Jackson prestó su voz para el episodio de Los Simpson, *Stark Raving Dad*, emitido en los Estados Unidos en septiembre de 1991, utilizando el nombre de John Jay Smith. O el cantante Prince, quien debido a problemas con su sello discográfico dejó de utilizar ese nombre pasando a usar en su lugar un símbolo indescifrable, lo que obligaba a llamarlo de varias maneras, como *The Artist Formerly Known As Prince* (el artista anteriormente conocido como Prince); f) Motivos comerciales o de marketing: Así, nos podemos encontrar con casos en los que el artista persigue dotarse de un nombre “agresivo”, que en cierto modo refleje el espíritu de su arte -es el caso, por ejemplo, de muchas estrellas del *hard rock* o del *heavy metal* (Slash, Varg Vikernes, Doyle Wolfgang von Frankenstein, Nivek Ogre, etc.). En otros casos el artista busca llamar la atención del público, adoptando un nombre estrambótico (Lady Gaga o Snoop Dogg, por ejemplo) o de fantasía (Prince, Donna Summer). Un caso especialmente llamativo es el de los integrantes de la banda de punk Ramones, pues todos ellos, a título individual, tomaron el apellido Ramone, a pesar de su distinta filiación.

<sup>876</sup> CÁMARA ÁGUILA, Pilar, al respecto sostiene que “En al artículo 14.2 LPI se concede al autor el derecho a decidir si la divulgación a que se refiere el apartado primero ha de hacerse con su nombre o bajo seudónimo o signo o, anónimamente. Esta facultad moral, aunque se encuentra vinculada al ejercicio del derecho de divulgación, es una manifestación del derecho a la paternidad. De ahí que, en mi opinión, quepa entender que el artista, al igual que sucede con el autor, pueda decidir si desea que se conozca su identidad a la hora de permitir el acceso de su prestación al público” -CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 1520.

<sup>877</sup> En efecto, el artículo 14 TRLPI atribuye al autor derechos irrenunciables e inalienables, y entre ellos, el de determinar “si su obra ha de ser divulgada y en qué forma” (art. 14.1º), y “si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente” (art. 14.2º). A su vez, de manera diferenciada reconoce el derecho moral a “exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra” (art. 14.3º), identificado con el derecho de paternidad.

<sup>878</sup> Dicha norma (art. 6 TRLPI: *Presunción de autoría, obras anónimas o seudónimas*), en efecto, dispone que: 1. *Se presumirá autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique*; 2. *Cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras este no revele su identidad*.

Así, la obra seudónima, para MARTÍNEZ ESPÍN<sup>879</sup>, es aquella en la que el autor -el artista en nuestro caso- aparece con un nombre distinto al suyo. Distinguiendo, a su vez, entre seudónimo-nombre de arte o seudónimo transparente<sup>880</sup>, el cual no pretende ocultar la personalidad del autor; y el seudónimo-máscara, que quiere impedir la identificación del mismo.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO<sup>881</sup>, en relación con el seudónimo, nos recuerda la distinción doctrinal entre dos tipos de seudónimo, de acuerdo con la función que el falso nombre del autor -se puede leer también artista- cumpla a la hora de identificar al mismo. Así, alude al seudónimo llamado máscara u *ocultativo*, como aquel que no permita identificar al autor (o al artista en nuestro caso), porque el autor ya conocido lo utilice de forma ocasional o esporádica, o bien porque el creador desee permanecer oculto. Y, en segundo lugar, se refiere al ya citado nombre de arte o nombre artístico, cuya función no es mantener oculta la personalidad del autor sino identificarlo de forma distinta.

La diferencia entre la utilización de un tipo u otro de seudónimo no es una cuestión baladí, ya que los efectos jurídicos son también distintos. En el caso de la utilización de un seudónimo máscara u *ocultativo*, el ejercicio de los derechos de propiedad, en su caso hasta que el autor o el artista revele su verdadera identidad, corresponderá a la persona física o jurídica que edite o divulgue la obra con consentimiento del autor<sup>882</sup>. A su vez, el artista ostentará un derecho de prohibir que se haga pública su verdadera identidad, mediante la revelación de su nombre y otro seudónimo distinto del elegido. Ahora bien, ese régimen especial decae en favor del régimen general cuando se utiliza un seudónimo transparente o nombre artístico. En uno u otro caso, el

---

<sup>879</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1997, *óp. cit.*, pág. 226.

<sup>880</sup> BONDÍA ROMÁN se refiere al seudónimo notorio, como nombre artístico o literario que no esconde la verdadera identidad del autor, pues es conocida públicamente –BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*

<sup>881</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Derecho de Autor; la facultad de decidir la divulgación*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 115.

<sup>882</sup> Así el art. 15 del Convenio de Berna, de manera similar al art. 6 TRLPI, prevé: 1.- *Para que los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos, en consecuencia, ante los tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual. El presente párrafo se aplicará también cuando ese nombre sea seudónimo que por lo conocido no deje la menor duda sobre la identidad del autor;* 2.- *Se presume productor de la obra cinematográfica, salvo prueba en contrario, la persona física o moral cuyo nombre aparezca en dicha obra en la forma usual;* 3.- *Para las obras anónimas y para las obras seudónimas que no sean aquéllas de las que se ha hecho mención en el párrafo 1) anterior, el editor cuyo nombre aparezca estampado en la obra será considerado, sin necesidad de otras pruebas, representante del autor; con esta cualidad, estará legitimado para defender y hacer valer los derechos de aquél. La disposición del presente párrafo dejará de ser aplicable cuando el autor haya revelado su identidad y justificado su calidad de tal;* 4.- (a) *Para las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor pero por las que se pueda suponer que él es nacional de un país de la Unión queda reservada a la legislación de ese país la facultad de designar la autoridad competente para representar a ese autor y defender y hacer valer los derechos del mismo en los países de la Unión;* (b) *Los países de la Unión que, en virtud de lo establecido anteriormente, procedan a esa designación, lo notificarán al Director General mediante una declaración escrita en la que se indicará toda la información relativa a la autoridad designada. El Director General comunicará inmediatamente esta declaración a todos los demás países de la Unión.*

derecho de paternidad atribuye al creador la facultad de exigir que sus creaciones sean identificadas consigo mismo mediante la identificación de seudónimo.

Llegados a este punto, a tenor de la especial idiosincrasia de la industria audiovisual y de la especial actividad creativa que desarrollan los artistas, se ha de advertir que las interpretaciones audiovisuales bajo seudónimo mayoritariamente estarán referidas al uso del denominado nombre artístico o seudónimo transparente. La aportación de aspectos inherentes a la propia personalidad del artista, como son su imagen y voz, salvo excepciones muy tasadas, y en todo caso plausibles en relación con las interpretaciones o ejecuciones exclusivamente sonoras y musicales<sup>883</sup> -pero de difícil encaje en el caso de las interpretaciones audiovisuales-, hacen inevitable que se conozca la identidad del actor, bailarín o cantante solista. El artista que se dé a conocer bajo un seudónimo, normalmente, lo hará buscando una mayor atracción, notoriedad o fama entre el público, utilizando un nombre distinto del civil, pero que le identifique de manera clara y diferenciada. Se busca en este caso el efecto fonético, comercial o de marketing propio de la marca para que el artista sea identificado en mejor medida entre el público y para que dicho artista halle la satisfacción de un nombre elegido a su gusto en lugar del impuesto por sus progenitores.

En definitiva, las virtualidades del seudónimo *máscara* u *ocultativo* habitualmente no se ajustan a los objetivos y efectos perseguidos por el actor o el bailarín, a diferencia del autor. De manera que en el ámbito de las interpretaciones audiovisuales, además de por su propia naturaleza, es casi regla general la utilización de seudónimo o nombre artístico, pero el *transparente*.

#### **6.2.5.- Otros medios de protección del “nombre artístico” en el ordenamiento jurídico español.**

Si el nombre artístico o seudónimo del artista adquiere cierta relevancia y notoriedad en el mercado, el ordenamiento jurídico español, además de la protección básica referida en el TRLPI y otras normas civiles, ampara una serie de medidas complementarias para su protección<sup>884</sup>, según los casos, a saber:

---

<sup>883</sup> Los actores, bailarines o dobladores aportan su imagen o voz a creación, siendo estos elementos consustanciales a su interpretación en la mayoría de los casos. Cabría imaginar, no obstante, un supuesto de utilización de un seudónimo con el ánimo de ocultar la identidad del actor en aquel caso en que el mismo apareciese caracterizado de tal modo que no fuese posible identificar su imagen personal; o en el caso de un artista musical que interprete o ejecute una obra, sin revelar su verdadera identidad. No obstante, tales supuestos no son los habituales en la práctica.

<sup>884</sup> Vid. SAP Barcelona (Sección 15ª), de 24 de julio de 2013, en los autos de juicio ordinario, tramitados por virtud de demanda de Fundación Gala-Salvador Dalí, Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos y Demart Pro Arte, B.V. contra Faber Gotic,

a).- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuyos arts. 6 y 12 prohíben, respectivamente, los actos de confusión y la explotación de la reputación ajena, actos en los que quedan subsumidos la explotación de la imagen y el nombre artístico ajenos.

Así, mientras que el art. 6 considera desleal *todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión de la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica*; el artículo 12 reputa desleal *el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado*.

Qué duda cabe que en el caso de los artistas que protagonizan las interpretaciones audiovisuales constituyen un factor de notable influencia en la conducta del consumidor y, por ende, sus protagonistas adquieren especial relevancia en el mercado. La fuerza comunicativa de un nombre artístico o de la imagen de un actor, amén de los afectos y confianza despertada entre el público, alcanza dimensiones y consensos mayores que los otros grandes influyentes en el ánimo del resto de las personas (los deportistas de élite) por ser el arte de la interpretación audiovisual un lenguaje universal que no entiende de colores, credos, clases sociales, etc. Y siendo tal el poder de la imagen y del nombre artístico, no solo en términos de publicidad, sino también en cuanto a la repercusión comercial de las propias obras audiovisuales, la LCD adquiere especial relevancia para arbitrar soluciones justas ante posibles vulneraciones de estos derechos morales y a la vez atributos de la personalidad, considerando, además, que las conductas previstas en sus arts. 6 y 12 encajan sin esfuerzo en la suerte de aprovechamientos indebidos e injustos que del prestigio y la reputación profesional ajena se pudieran desarrollar en el tráfico jurídico. Deslealtad que también procedería por la confusión segura que la omisión o uso indebido de un nombre artístico podría ocasionar ante los consumidores.

b).- Ley de Marcas, es decir, la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, que en su art. 4 facilita el concepto de marca, entendiéndose por tal todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los

---

S.L. y Segismundo. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 23 diciembre de 2003, que examina la acción de competencia desleal consistente en la utilización de nombre artístico tan parecido al propio, que los demandantes estiman que se habría incurrido en los ilícitos concurrenciales que se contemplan en los arts. 6 (actos de confusión), 7 (actos de engaño), 11 (imitación) y 12 (explotación de la reputación ajena), además de ser contrario a la cláusula general establecida en el artículo 5, todos ellos de la Ley de Competencia Desleal.

de otras<sup>885</sup>. En particular, tales signos podrán ser las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas.

A su vez, el art. 9<sup>886</sup> de la citada Ley establece que *1.- Sin la debida autorización, no podrán registrarse como marcas: a) El nombre civil o la imagen que identifique a una persona distinta*

<sup>885</sup> El TS, en su Sentencia núm. 137/1999 de 18 febrero (Sala de lo Civil), recuerda que “el derecho otorgado por la marca es exclusivo, siempre actúa en relación a un producto o servicio determinado y cabe su empleo cuando éstos resultan suficientemente diferenciados, conforme la regla de la especialidad, ello exige que no se ocasione riesgo de inducción a errores, expresión que emplea el artículo 31 de la Ley, con lo cual el “ius prohibendi” resulta más amplio y extensivo, al abarcar el riesgo de asociación, que opera aunque no se trate de productos o servicios idénticos o similares, como es el caso que nos ocupa, lo que tiene apoyo en el apartado cuarto del artículo 4 de la Ley y justificación para preservar a los consumidores, que vienen a ser los principales interesados en el uso correcto de las marcas, pues la función esencial de las mismas, conforme declara la Sentencia de 11 de noviembre de 1997 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, es garantizar al usuario o consumidor final la identidad de origen del producto que lleva la marca, permitiéndole distinguir sin confusión posible el producto (o el servicio) de aquellos que tienen otra procedencia, con lo cual se impone que debe evitarse el riesgo de asociacionismo bajo la creencia de que el titular de la marca registrada patrocinó o autorizó de alguna manera los servicios llevados a cabo con su empleo”.

<sup>886</sup> La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª), en su Auto núm. 39/2010, de 21 enero (asunto en el que frente a una marca registrada se opone el derecho al honor y propia imagen), declaró que “finalmente en cuanto a la marca Abigail que la querellante Free Consulting tiene inscrita en registrada en la Oficina Española de Patentes y Marcas, tampoco puede apreciarse la existencia del artículo 274 CP que propugna la apelante. Ello es así en tanto según se refleja en la querella Abigail es precisamente el nombre de pila de la querellada Abigail Marcet Dianeze, y que éste es a su vez su nombre artístico, que ya era usado por ésta incluso antes del contrato de agencia y de la inscripción de la marca por parte de Free Consulting, por lo que es indudable forma parte de la personalidad y propia imagen tanto privada como pública de la querellada. En este sentido dispone el Artículo 9.1 de la Ley de Marcas ‘Sin la debida autorización, no podrán registrarse como marcas: a) El nombre civil o la imagen que identifique a una persona distinta del solicitante de la marca. b) El nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante’. Disposición ésta que, en todo caso, ha de ponerse en relación con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que dispone en su artículo 1.Uno. *El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el art. 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.* Mientras que en su nº1. Tres se establece que *El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el art. 2 de esta ley*”. En el artículo 2 de la citada Ley, tras establecer en su apartado Dos *No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso*”; en su apartado Tres deja patente la posibilidad de revocar tal consentimiento en cualquier momento: *El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas*”.

En esta línea la sentencia de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid nº 69/2006, de 6 de febrero, analizando las prohibiciones apoyadas en la protección de los derechos de la personalidad formuladas en el artículo 9.1 a) y b) de la Ley de Marcas de 2001, antes 13 a) y b) de la Ley de Marcas de 1988 ; estableció que el apartado 6 del artículo 7 de la Ley Orgánica de Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen de 1982 , consagró en nuestro ordenamiento positivo la prohibición de utilizar sin autorización expresa el nombre, la voz o la imagen de una persona “para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”, autorización que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de dicha ley , no supone abdicación de los derechos, sino parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran y “será revocable en cualquier momento”; a consecuencia del derecho de revocación legalmente concedido al titular del nombre o de la imagen, era precario el status jurídico de las marcas constituidas por el nombre o la imagen de una persona distinta del propietario de la marca; ante esta situación, la doctrina afirmaba que de “lege ferenda” era imprescindible acomodar la revocación “ad nutum” conferida por la Ley de 1982 con una mínima estabilidad de las marcas consistentes en el nombre o imagen de una persona diferente del titular de la marca. La Ley de Marcas de 1988 formuló la prohibición conectada con los derechos de la personalidad en los apartados a) y b) del artículo 13 . El apartado a) reconocía expresamente la posibilidad de que una persona solicitara como marca su propio nombre, apellidos, seudónimo o cualquier otro medio de identificación y al mismo tiempo reiteraba, en relación con esta hipótesis, la prohibición general concerniente al riesgo de confusión, ya que prohibía el registro del nombre, apellidos, seudónimo o cualquier otro medio que identificara al solicitante del registro de la marca, siempre que los mismos estuvieran incursos en alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 12 ; y, por ello, sería nulo el registro cuando la marca generase un riesgo de confusión o de asociación con una marca anteriormente registrada o solicitada y si bien, con carácter general era posible registrar como marca el nombre del propio solicitante que no generase riesgo de confusión o de asociación con una marca anterior, dejaría de aplicarse excepcionalmente cuando el patronímico del solicitante coincidiese con el apellido o el seudónimo de una persona notoriamente conocida por el público porque, en tal supuesto entraba en juego la prohibición sentada en el segundo inciso del apartado b) del artículo 13 , que disponía, que “no podrá registrarse como marca: el nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro medio que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante a menos que medie la debida autorización”. El apartado b) del mismo artículo 13 enunciaba una prohibición específica que comprendía el supuesto de que se solicitara como

*del solicitante de la marca; b) El nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante. (...). 2.- No podrán registrarse como marcas el nombre, apellidos, seudónimo o cualquier otro signo que identifique al solicitante del registro si los mismos incurren en alguna de las prohibiciones de registro contenidas en el presente Título. Consecuentemente, el titular de una marca registrada podrá ejercitar ante los órganos jurisdiccionales las acciones civiles o penales que correspondan contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia.*

Y, por su parte, el art. 41 prevé las acciones civiles que puede ejercitar el titular de la marca, entre ellas:

*a) La cesación de los actos que violen su derecho; b) La indemnización de los daños y perjuicios sufridos; c) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación y, en particular, que se retiren del tráfico económico los productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos en los que se haya materializado la violación del derecho de marca y el embargo o la destrucción de los medios principalmente destinados a cometer la infracción (...); d) La destrucción o cesión con fines humanitarios, si fuere posible, a elección del actor, y a costa siempre del condenado (...); e) La atribución en propiedad de los productos, materiales y medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado c) cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios. Si el valor mencionado excediera del importe de la indemnización concedida, el titular del derecho de marca deberá compensar a la otra parte por el exceso.*

---

marca un nombre o distintivo que identificara a una persona distinta del solicitante; y preveía explícitamente que esta prohibición específica sería inoperante si el solicitante presentaba la oportuna autorización; pero como expresamente recordaba el inciso final del apartado b) del artículo 13 , este tipo de marca estaba sometido a las restantes prohibiciones absolutas o relativas; así, la marca consistente en el nombre de una persona distinta del solicitante estaba sujeta a la prohibición del riesgo de confusión que establecía el artículo 12 ; por otro lado, también sería aplicable excepcionalmente en esta hipótesis la norma específica contenida en el inciso segundo del apartado b) del artículo 13 , lo que significaba que la autorización emitida por una persona titular del nombre solicitado como marca podría ser inoperante cuando para la generalidad del público tal nombre identificara a una persona distinta del tercero autorizante pues, existiendo coincidencia entre el nombre de una persona conocida por la generalidad del público, la defensa de los intereses de dicha persona y del público obligaban a considerar insuficiente la autorización que a favor del solicitante de la marca le otorgó una persona cuyo nombre o apellido coincidiera con el de la persona conocida cuyo nombre pretendiera registrarse como una marca. No obstante, persistía la discordancia entre la Ley de 1982 sobre la propia imagen y los preceptos que regulan las marcas constituidas por el nombre o imagen de una persona distinta del titular de la marca.

El artículo 9 de la Ley de Marcas de 2001 establece varias prohibiciones relativas que tienen como fundamento la existencia de un derecho anterior sobre el signo que no está protegido como marca ni como nombre comercial registrados; los derechos que recaen sobre estos signos son de variada naturaleza (derecho de la personalidad, derechos de autor u otros derechos de propiedad industrial, etc). Tales prohibiciones relativas dejan de tener relevancia si el solicitante de la marca presenta autorización del titular del derecho anterior sobre el signo con la solicitud; ahora bien, con excepción del supuesto contemplado en el artículo 9.1 .b), la Oficina Española de Patentes y Marcas no examina de oficio la concurrencia de estas prohibiciones relativas, con lo que, si no se hace valer tal derecho anterior por vía de oposición, la Oficina concederá la marca, sin perjuicio de que después se pueda ejercitar la acción de nulidad.



c).- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en cuyo art. Séptimo. Seis, califica como intromisión ilegítima, entre otras, *la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*, cuando dicha utilización se lleve a cabo sin la autorización del titular del derecho. Tal protección comprende tanto el nombre civil como el nombre artístico. Sobre esta cuestión volveremos con mayor detalle más adelante, por ahora basta con tener presente que el nombre civil o el artístico hallarían también amparo en esta vía especial y reforzada de la LO 1/1982, por tratarse de atributos de la personalidad protegidos por el art. 18.1 CE.

#### **6.2.6.- La protección del “nombre artístico” en el sistema del *Copyright* anglosajón.**

Resulta evidente que existen múltiples motivos para proteger el nombre artístico o seudónimo de los artistas, y que estos adquieren mayor peso cuanto mayor sea la popularidad del artista -de su nombre- en cuestión. Esta protección no solo atañe al artista, sino también a sus seguidores, que como consumidores han de tener certeza de quién está “detrás” del nombre artístico explotado, en términos similares a los ya vistos respecto de los arts. 6 y 12 de la LCD española.

En este sentido el “derecho de publicidad” (*right of publicity*) ha demostrado ser una herramienta especialmente eficaz, al menos en los EEUU, en aquellos casos en los que no cabe invocar la protección del nombre artístico como marca. Y, en otros países anglosajones, como Canadá y Australia, donde no existe un derecho de publicidad *stricto sensu*, se han ido construyendo y adaptando otras figuras que dan respuesta al mismo problema: la explotación no consentida del nombre artístico -e imagen- ajeno.

Ahora bien, las soluciones adoptadas en Canadá y Australia -derecho de privacidad (*right of privacy*) y *passing off*, respectivamente- también existen en los EEUU, en adición al “derecho de publicidad”. Como se ha dicho, el desarrollo y la fuerza adquirida a nivel mundial por el sector audiovisual y musical estadounidense ha llevado a los tribunales de aquel país un número tan elevado de asuntos relativos a la explotación ilícita de nombres artísticos, que su ordenamiento se ha visto forzado, de alguna manera, a construir un sistema más robusto y fiable que el del resto de países del *Common Law*.

Ya sea por su proximidad geográfica, o porque ha sabido identificar la bonanza del sistema estadounidense de protección del nombre artístico, es previsible que los tribunales canadienses

terminen por reconocer expresamente un “derecho de publicidad” similar, si no idéntico, al que rige en la mayor parte de los EEUU.

Ello no parece que vaya a ser así ni en el Reino Unido ni en Australia. En el primer caso por motivos de política legislativa, o judicial, en relación con el reconocimiento de derechos amplios o indefinidos. En el segundo caso porque, a pesar de su tradicional proximidad legislativa con el Reino Unido, su desarrollo jurisprudencial y legislativo ha dado lugar a figuras específicas (*v.gr.*, *passing off*) en las que los artistas pueden encontrar cobijo en la defensa de sus nombres.

La nota común a los cuatro países, así como a la del resto de países de corte anglosajón del *Common Law*, es la posibilidad que ofrece a los artistas el sistema de protección de marcas. Pero ello no es privativo de tales países, pues en los países de corte continental, o de Derecho civil, como hemos dicho, al derecho moral o espiritual de los autores y artistas se une asimismo la protección que las marcas brindan a sus nombres.

## **7.- EL DERECHO DE INTEGRIDAD.**

### **7.1.- Configuración general y fundamento específico.**

El derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra o de la interpretación permite al artista impedir cualquier modificación, deformación, cambio, alteración o mutilación de la misma. Su fundamento es el respeto debido a la personalidad del artista que imprime en su interpretación o ejecución. El artista tiene derecho a que su trabajo, su creación, no se vea alterada por el capricho de un tercero.

De otro lado y cual sucede, además, respecto de todo el sistema de protección especial que nos brinda la propiedad intelectual, se protege lo propio y personal, no lo bueno o lo mejor – conceptos siempre subjetivos- sino lo original en cuanto que también vinculado a la impronta personal del autor o del artista. De modo que cuando se habla de una modificación, deformación o alteración de una interpretación audiovisual no autorizada, y, por tanto, vulneradora de estas facultades morales, no nos referimos solo a aquellas que se realizan en sentido negativo sino a cualesquiera que, aun con buena intención de mejorarla, alteran en tal medida la interpretación audiovisual originaria que, objetiva y sustancialmente, causan un perjuicio al artista en su

prestigio o reputación (conceptos estos que también entran en el grupo de los jurídicamente indeterminados y que solo se podrán concretar en cada caso concreto).

De esta forma, la protección de la obra -interpretación audiovisual- del artista entrará en juego si se comprueba la existencia de posibles deformaciones o modificaciones que, de forma objetiva y sustancial, puedan suponer un perjuicio contra su *reputación o prestigio profesional*. La redacción del art. 113 nos sugiere el texto del art. 14.4º TRLPI, que regula el derecho de integridad en sede de derecho moral del autor. Sin embargo, el derecho reconocido al artista otorga menor protección que su homólogo en sede de autor. El derecho que se le reconoce al autor será vulnerado cuando se perjudiquen los -cualesquiera- legítimos intereses de éste o cuando la acción dañosa cause menoscabo en su reputación o prestigio, mientras que el artista únicamente es protegido en el último de los supuestos<sup>887</sup>.

Puede afirmarse, en fin, que apenas existe un matiz que diferencie los dos bienes -“reputación” y “prestigio”- protegidos por la norma del art. 113 TRLPI, ya que ambos hacen referencia al buen juicio que la opinión pública tenga de una persona<sup>888</sup>. Esta referencia al prestigio o la reputación favorece cierta aleatoriedad en el momento de su aplicación por los tribunales dado que conllevará ciertas dudas, y además cabe afirmar que no se valorarán igualmente las circunstancias de aquellos artistas noveles y las de los ya consagrados<sup>889</sup>, ya que estos últimos gozarán de una mayor protección al ser, supuestamente, mayor su prestigio o reputación y, por ende, mayor la susceptibilidad de ser dañado.

---

<sup>887</sup> La redacción de ambos artículos trae causa del artículo 6, bis 1º del Convenio de Berna, que señala que el derecho a la integridad de la obra se limita a que el atentado cause un perjuicio al honor o reputación del autor. Las primeras redacciones de este artículo recogían la propuesta de la delegación italiana, aunque se introdujeron ciertos cambios en su contenido con el fin de que el Convenio fuera ratificado por un número mayor de países y fundamentalmente, a fin de armonizar la Convención con la regulación de los países del *Copyright*. Las diferencias entre el art. 6 bis del Convenio de Berna, y la redacción del art. 5 del WPPT –coincidente con el art. 5 del Tratado de Beijing–, radican en que estos últimos no hacen extensivo el derecho a oponerse a la modificación cuando pudiera causar un perjuicio al honor del artista. La justificación, tal y como apunta FICSOR, “no está suficientemente clara, puesto que parece raro que una acción perjudique la reputación de un artista intérprete o ejecutante sin afectar de modo parecido a su honor. Sin embargo durante las negociaciones informales, se hizo referencia a las parodias, y se hizo hincapié en que no sería adecuado permitir a los artistas intérpretes o ejecutantes oponerse a las parodias citando posibles perjuicios a su honor”. Para el citado autor, no obstante, tal extremo no parece muy convincente. “Una parodia se relaciona más con la reputación de un artista intérprete o ejecutante que con su honor, puesto que, en general, ésta se refiere a algún elemento estilístico o similar considerado característico del artista. Por ello concluye que la “diferencia del lenguaje obedece más bien a la intención de señalar que, en el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, las condiciones para la protección del derecho de respeto son diferentes –y, probablemente, se supone que el grado de protección es de algún modo menor- que en el caso de los autores- FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 250.

<sup>888</sup> En nuestra opinión, la diferencia entre ambos, prestigio y reputación, puede establecerse en los distintos planos de la persona del artista, correspondiendo al plano profesional la posible agresión al prestigio, y al plano personal el daño a su reputación. “[...] Siendo prestigio profesional aquel que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica o similar, y que, desde luego, tiene repercusión en el ámbito social. [...]” Sentencia núm.11/1999 de 22 de enero de 1999, del Tribunal Supremo.

<sup>889</sup> PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Los derechos morales sobre las interpretaciones audiovisuales*, Fórum Internacional sobre Interpretaciones Audiovisuales, AISGE, Madrid, 1999, pág. 79.

Las demás cuestiones que suscita este régimen singular de la facultad moral de integridad del artista titular de una interpretación audiovisual, sobre todo por el juego del límite relativo, subjetivo e indeterminado que establece, ya ha sido tratado con motivo de los “límites a las facultades morales del artista” (epígrafe 5.3 de este Capítulo), razón por la cual nos remitimos a todo lo allí dicho y que damos por reproducido en este lugar para evitar reiteraciones innecesarias.

## **7.2.- Contornos específicos del derecho de integridad sobre las interpretaciones audiovisuales.**

Hay que tener presentes dos cuestiones a la hora de tratar el derecho de integridad del artista sobre sus interpretaciones audiovisuales: a).- en primer lugar, la naturaleza de la propia interpretación (o fijación) audiovisual, que podría determinar qué actos, como la edición, el doblaje o la conversión a otros medios o formatos, en el marco de usos previamente autorizados y normalizados en el sector, quedarían excluidos del concepto de alteración, deformación o modificación<sup>890</sup> ; y b).- en segundo lugar, el art. 113.1 TRLPI, *in fine*, restringe considerablemente el número de posibles actos contrarios a los derechos morales del artista, al establecer que sólo serán considerados vulneradores aquéllos objetivamente perjudiciales a su prestigio o reputación (profesional), se entiende de manera sustancial.

De esta forma, la protección de la interpretación -obra o creación- del artista entrará en juego si se comprueba la existencia de posibles deformaciones o modificaciones que, de forma objetiva, puedan suponer un perjuicio a su reputación o prestigio profesional. La redacción del art. 113, a primera vista, se acerca al contenido del art. 14.4º TRLPI, que regula el derecho de integridad en sede de derecho moral del autor. Sin embargo, el derecho reconocido al artista otorga menor protección que su homólogo en sede de autor. El derecho que se le reconoce al autor será vulnerado cuando se perjudiquen los legítimos intereses –cualesquiera que sean- de éste, o cuando la acción dañosa cause menoscabo en su reputación o prestigio, mientras que el del artista únicamente verá infringido en el último de los supuestos. Es decir, de este tratamiento distinto parece deducirse que, cuando se habla de la obra del autor, se protege cualquier interés que pueda derivarse de la creación de la obra, siempre y cuando este sea legítimo, y además de cualquier alteración de la obra que menoscabe su reputación.

---

<sup>890</sup> En este sentido se pronuncia la declaración concertada relativa al artículo 5 del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, ya referida más arriba.

En este orden de cosas, conviene realizar ciertas matizaciones para centrar el objeto de la protección derivada de este derecho reconocido a los artistas. Y puesto que sí hay un nivel de protección coincidente entre estas facultades morales del autor y del artista, cuanto se diga del derecho moral del autor será predicable, igualmente, del que se atribuya al artista de esa misma naturaleza y sobre los supuestos concurrentes. Así y en primer lugar, se trata de intereses de naturaleza personal o moral, derivados de la creación de la obra (interpretación o creación). Se protege la integridad de ésta frente a cualquier modificación de la misma que pueda suponer un deterioro y afectar a la esencia de la obra (interpretación o creación)<sup>891</sup>. Asimismo, la Ley establece otro supuesto para entender que se ha vulnerado el derecho moral del autor que es el menoscabo de la reputación –o prestigio– del autor (o del artista). Ante lo cual, dice CÁMARA ÁGUILA que todo menoscabo de la reputación va a repercutir en los intereses del autor, entendiendo así que la protección de los legítimos intereses es un concepto más amplio que abarcaría el supuesto del menoscabo de la reputación del autor, así como otros supuestos en los que la obra sea alterada, incluyendo, incluso, el caso de que la obra pudiera resultar mejorada tras la modificación<sup>892</sup>. Por tanto, nosotros también compartimos que hubiera sido deseable una fórmula limitativa o excepcional más clara, cerrada y determinable.

Ciñéndonos a *lege data*, es innegable que se está limitando la capacidad de actuación del artista frente a posibles alteraciones o distorsiones de su interpretación. Límites que se justifican alegando la necesidad de mantener un equilibrio entre los distintos intereses de los participantes en la obra audiovisual. Pero este argumento no justifica que la protección otorgada al artista sea notablemente inferior que la otorgada al autor -incluso sobre una misma obra en la que ambos participan como es la audiovisual-, dado que esta situación, más que favorecer el equilibrio de los intereses de todos los participantes, deja al artista en una posición de clara desventaja respecto a los demás autores, dando lugar, cuando menos, a una injustificada inseguridad jurídica.

De otro lado, el derecho de integridad del artista, no obstante su carácter irrenunciable e intransmisible, también abre un margen a la autonomía de la voluntad del artista o de los legitimados subsidiarios para ejercitarlo *post mortem*. Y ello por cuanto, quien tiene la facultad de oponerse también ostenta la de no oponerse, es decir, que por la vía de la pasividad podría permitir alguna alteración de su actuación o interpretación audiovisual. Asimismo, no parece que

---

<sup>891</sup> CÁMARA ÁGUILA, Pilar. *El derecho moral del autor*, Colección Estudios de Derecho Privado, dirigida por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, COMARES, Granada, 1998, pág. 281.

<sup>892</sup> *Ibid.*, pág. 286-287.

esté vedada la posibilidad de un acuerdo entre artista y productor o explotador de la interpretación, siempre y cuando no perjudique otros derechos morales -o patrimoniales- de otros artistas o autores<sup>893</sup>. Por tanto, los artistas, mediante el ejercicio individual o expresa autorización, delimitarán la transmisión, extensión o su posible renuncia sobre la transformación de su actuación.

En todo caso, y aunque la Ley guarde silencio sobre este aspecto, habría que entender que tal transmisión del derecho o autorización requiere, como prueba, la formalización por escrito.

En cuanto a las conductas específicas que constituyan vulneración del derecho a la integridad de la interpretación audiovisual, cabe decir que la interrelación de los actos de deformar, modificar y mutilar una interpretación audiovisual se muestra evidente a la hora de analizar los supuestos concretos. Así, la deformación de la interpretación lleva implícita la modificación de alguno de sus elementos, si bien, al hablar de “deformación” tales modificaciones son de tal entidad que suponen que la grabación audiovisual pierda su forma original. A su vez, la mutilación supone una modificación que, dependiendo de los elementos que se quiten o corten, pueden llevar a una deformación. Tal sería el caso, por ejemplo, si se suprimen de la versión definitiva de la obra o grabación audiovisual secuencias que alteren sustancialmente la interpretación.

En los supuestos de modificaciones de alguno de sus elementos, habrá que ver cuál es el resultado que arrojan sobre la grabación. De tal manera que, por ejemplo, colorear una película en blanco y negro (o a la inversa), o modificar la resolución o el formato, podrían llevar a una deformación cuando se produce, *v.gr.*, una severa reducción de la calidad de la imagen y/o sonido.

Según ANTEQUERA PARILLI, “la expresión ‘cualquier atentado’ comprende también los ‘ataques indirectos’ a la integridad, por ejemplo, si a pesar de no realizarse mutilaciones o transformaciones a la producción intelectual en sí misma, se la utiliza en un contexto distinto a aquel para el cual fue concebida y dicho uso fuera de ese contexto afecta el decoro de la obra o la reputación del autor”<sup>894</sup>.

---

<sup>893</sup> Y ello no solo por sentido común y seguridad jurídica, sino por aplicación del principio general contenido en el art. 6.2, *in fine*, del Cc.

<sup>894</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de autor*, *óp. cit.*, pág. 88.

Ahora bien, en la forma en que está redactado el inciso del art. 113.1 TRLPI, referido a la integridad de las interpretaciones artísticas, cabría la duda de si las tres primeras conductas tipificadas se han de entender de manera objetiva e independiente y tan solo la referida a “cualquier atentando sobre su actuación” vinculada a la lesión del “prestigio o reputación” del artista, o, por el contrario, esta vinculación a tales bienes jurídicos se ha de predicar de todas las conductas atentatorias contra la integridad de la interpretación.

## **8.- EL DERECHO A AUTORIZAR EL DOBLAJE DE LA INTERPRETACIÓN AUDIOVISUAL EN LA LENGUA PROPIA DEL ARTISTA.**

Recogido en el art. 113.2 TRLPI, se atribuye al artista intérprete el derecho a autorizar expresamente el doblaje de su actuación en su propia lengua. Este derecho, que sólo cabe predicarse del actor, se configura como un derecho de carácter exclusivo y es susceptible de ser ejercitado de manera individual mediante autorización expresa del artista. Parafraseando a PÉREZ DE CASTRO<sup>895</sup>, “cuando un actor realiza su interpretación, ésta se integra de dos elementos, a saber: su imagen y su voz”. Ambos configuran su actuación e identifican la interpretación personal del actor. El doblaje implica, por tanto, una alteración de la actuación del artista ya que se sustituye su voz en los diálogos de la obra<sup>896</sup>.

En suma, dos son los elementos configuradores de este derecho o facultad: (1) la necesidad de “autorización expresa” para habilitar el doblaje de un tercero de la actuación propia del artista ya fijada con su voz; y (2) vincular tal facultad tan solo para cuando la interpretación primigenia se pretenda doblar en la propia lengua del actor que la realizó.

Al recogerse en la redacción del art. 113.2 TRLPI el requisito de la “autorización expresa” del artista para el doblaje de su actuación en su propia lengua, dice ESPÍN CÁNOVAS que se está reconociendo el hecho de que el doblaje de una interpretación afecta a la esfera personal del

---

<sup>895</sup>PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Los derechos morales del artista*, *óp. cit.*, pág. 10.

<sup>896</sup> “... La exclusión de dicho derecho a la integridad de la interpretación, incluida la expresión de la propia y personal voz, siendo preciso que exista una lesión a su prestigio o reputación de la infracción del derecho a autorizar expresamente el doblaje, no pudiendo reputarse un consentimiento tácito como suficiente (...) Derecho a la integridad, incluida la propia voz, lo que supone una rebaja legal a las facultades de las productoras y del director de la película u obra cinematográfica”. Fundamentos de Derecho de la Sentencia de 18 de marzo de 2002, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sala de lo Civil, Sección Undécima, sobre reconocimiento del derecho moral del artista.

artista<sup>897</sup>. El cambio o sincronización de voz o doblaje de una interpretación por persona distinta a la que presta su imagen puede conferir a aquella una impronta y tono diversos, alterando la prestación artística o interpretativa originaria, más aún si el doblaje se realiza en la misma lengua que la lengua utilizada en la interpretación primigenia. Estas consideraciones sobre el doblaje justifican la necesidad de la autorización expresa del artista, su consentimiento. Por tanto, si no media la autorización expresa del artista no se puede sustituir su voz por la de otra persona en una interpretación fijada y en la misma lengua del la interpretación originaria que, además, ha de ser la propia del artista (actor). Pues nadie mejor que el propio actor para dotar de voz a su interpretación en su lengua materna –que pueden ser varias- y, en todo caso, la voz es un elemento sustancial de su interpretación, pues la dota de una personalidad y matiz personal fundamental para el personaje que pretende construir.

Por otro lado, merece especial atención la cuestión del doblaje y las lenguas autonómicas cooficiales, considerando la realidad política, social y cultural de España. El castellano, como es sabido, es la lengua oficial del Estado español, toda vez que las lenguas autonómicas son calificadas igualmente como oficiales, según establece la Constitución Española en su art. 3. De acuerdo con esta previsión constitucional, los actores que residan de forma habitual en una Comunidad Autónoma con lengua propia, podrán reconocer como lenguas oficiales tanto el castellano como la lengua del territorio y, en consecuencia, será necesaria la autorización tanto para realizar el doblaje en una como en otra lengua.

Si el doblaje se realiza en una lengua diferente de la que fue interpretada y distinta de la propia lengua del artista, PÉREZ DE CASTRO afirma que se presume que, mediante el contrato de producción, los actores han cedido al productor los derechos de doblaje o, en su caso, de subtitulado de la obra.<sup>898</sup> Mas nosotros entendemos que no se trata tanto de una presunción como de un supuesto excluido del ámbito de protección de la norma. Porque la *ratio* del precepto se ofrece clara: si un actor español fija su actuación en castellano y la película, para su comercialización en países anglosajones, es doblada en inglés, nada tiene que oponer ni autorizar, ya que la norma no cubre este supuesto. La norma cubre, precisamente, los dos supuestos siguientes: cuando el actor español (v.gr., Antonio Banderas) fija su actuación en inglés y esta se va a doblar al castellano, o cuando el actor español (v.gr., Carmen Maura) interpreta en castellano y su interpretación pretende ser doblada o sincronizada por otra persona en castellano.

---

<sup>897</sup> ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Las facultades del derecho moral*, *óp. cit.*, pág. 167.

<sup>898</sup> Así, la respuesta se encuentra en la configuración de la relación contractual y los derechos cedidos. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Los derechos morales del artista*, *óp. cit.*, pág. 10.



En este sentido, considerando la escasez de pronunciamientos judiciales al respecto, resulta muy interesante la Sentencia de 18 de marzo de 2002, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid<sup>899</sup>, sobre reconocimiento del derecho moral del artista a autorizar el doblaje en su propia lengua. La Audiencia resolvió en sentido positivo la pretensión formulada por el actor frente a la productora cinematográfica que sustituyó la voz de su interpretación sin su autorización<sup>900</sup>.

El art. 113.2 TRLPI dice que es necesaria la autorización expresa del artista para realizar el doblaje de su interpretación en su propia lengua, de tal forma que si no hay autorización expresa no se puede realizar el mismo. Es conveniente resaltar que cuando el artista firma su contrato con el productor de la obra audiovisual, aquél no está renunciando implícitamente a su derecho, ni está cediendo su derecho de autorizar el doblaje. En realidad, cuando el artista pacta con el productor la cesión de sus derechos de propiedad intelectual, negocia sobre aquellos derechos patrimoniales de carácter exclusivo que van a permitir una pacífica explotación de la obra, pero estas cesiones en nada afectan a aquellos derechos de índole moral, que en el caso que nos ocupa requiere una mención expresa de la renuncia en el contrato. La voz del artista forma parte de un todo - su interpretación-, y cualquier modificación o alteración de ésta puede suponer un perjuicio al artista. En el caso de la voz, prevé la norma el supuesto de que sea otra persona quien ponga voz a la interpretación, pero ha de ser el artista quien autorice esta modificación ya que en su voz también está parte de su creatividad y de su personalidad, no pudiendo el productor decidir a su libre albedrío cuándo quiere alterar la interpretación. Supuesto distinto sería cuando en el contrato de interpretación el artista autoriza expresamente el doblaje en su propia lengua, ya que estaría cediendo su derecho o facultad y, por tanto, dando su aprobación al futuro doblaje.

Un supuesto especial lo constituye las interpretaciones actorales de voz que se utilizan para las obras audiovisuales de animación (más conocidas, según los países, como “dibujos animados” o

---

<sup>899</sup> Sentencia de 18 de marzo de 2002, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sala de lo Civil, Sección Undécima, sobre reconocimiento del derecho moral del artista.

<sup>900</sup> Los hechos que se describen son los siguientes: D. A.V. intervino como intérprete en la obra audiovisual *El Abuelo*, siendo contratado a tales efectos por la entidad demandada mediante contrato de trabajo en 1997. Al finalizar el rodaje de la citada obra se realizó el doblaje o sincronización de la misma por los actores que habían intervenido en la obra, entre ellos el propio D. A.V., porque era, además, obligación asumida en el contrato. Posteriormente, sin embargo, el director de la película decidió que el personaje interpretado por D.A.V. fuese doblado por otro actor, de manera que la interpretación del demandante fue exhibida con la voz de otra persona. El doblaje en virtud del cual se sustituyó la voz de D.A.V. se llevó a cabo sin la autorización del mismo, circunstancia que contraviene lo previsto en el art. 113 del TRLPI. Consecuentemente, la Audiencia Provincial de Madrid entiende que existió un atentado contra el derecho moral del actor, en tanto que no se solicitó su autorización expresa para llevar a cabo el doblaje y éste perjudicó sus intereses y pudo lesionar su prestigio o reputación.

“caricaturas animadas”)<sup>901</sup>. En estos casos el actor de voz o doblaje sincroniza su actuación oral con la imagen, gesto y movimientos del personaje animado, siendo dicha voz, a diferencia de cuando se dobla una actuación actoral de imagen primigenia, la que queda vinculada a dicho personaje, que carece de voz propia, pasando a constituir la interpretación primigenia en este caso. Se trata, pues, de un supuesto diferente al que contempla la norma, pues ni hay interpretación audiovisual originaria o primigenia de un actor que tenga lengua propia y en ella haya realizado tal actuación, ni el doblaje consiste en estos casos en sustituir una voz por otra sino en sincronizar directamente la voz con los movimientos y demás elementos del personaje animado. Luego, será el productor o el autor o autores del personaje animado a quienes les corresponde “autorizar” o “decidir” qué actor de voz realiza el diálogo y los demás sonidos orales en cada país, momento, etc.

Finalmente, la facultad moral de autorizar el doblaje se la atribuye la norma al actor “durante toda su vida”, de manera que la facultad de oponerse o autorizar el doblaje de su actuación en su propia lengua no se transmite *mortis causa*.

## **9.- DURACIÓN Y EJERCICIO *POST MORTEM* DE LAS FACULTADES MORALES DEL ARTISTA.**

### **9.1.- Generalidades y antecedentes.**

Más que de los derechos en sí, y por tanto no se habla de la duración de los mismos, cabría decir que tanto los plazos como la legitimación *post mortem* del artista se refieren al ejercicio de las facultades por parte de las personas legitimadas después de la muerte del titular originario. De manera que podemos decir que las facultades morales del artista pertenecen a su titular originario toda la vida, y a su muerte se legitima para su “ejercicio” -y “sin límite de tiempo”- a las personas naturales o jurídicas designadas por el propio artista en su testamento “o, en su defecto”, a sus herederos. Y si ninguno de los anteriores existen o se hallasen en paradero desconocido, serán las diferentes Administraciones públicas las legitimadas para ejercitar las acciones

---

<sup>901</sup> Es práctica habitual y reciente acudir a la voz de actores reconocidos para hacer este tipo de doblajes o sincronizaciones para que la obra adquiera mayor relevancia comercial, al identificar el público al personaje audiovisual con la voz de un determinado actor. También ha sido tradición en este tipo de actuaciones actorales suscribir contratos de exclusiva para mantener los tonos de voz del personaje animado por largo tiempo. Pero también hay casos en los que la productora o distribuidora, dueña de esa facultad en exclusiva, ha prescindido de los servicios de un determinado actor y actriz para cambiar el sesgo del personaje. En definitiva, la práctica contractual en esta materia ha configurado este tipo de prestaciones artísticas y sus contenidos específicos casi de manera universal, con amplio margen a la autonomía de la voluntad del artista.

correspondientes o ejercitar las facultades que comportan tales derechos. Todo ello *ex art.* 113.3 TRLPI.

Régimen que, en esencia, coincide con el previsto en los arts. 15 y 16 TRLPI respecto de las facultades morales del autor. Mas ello es así solo a partir de la modificación del art. 113 llevada a cabo por la Ley 23/2006, de 7 de julio, pues hasta entonces el ejercicio de tales facultades *post mortem* se hallaban limitadas temporalmente a un plazo de 20 años, al tiempo que no establecía un régimen de legitimación *post mortem* subsidiaria respecto de los herederos del artista, como ya existía desde la LPI de 1987 a favor de las Administraciones públicas respecto de la facultades morales del autor.

Tanto el WPPT<sup>902</sup> de 1996 como el Tratado de Beijing de 2012<sup>903</sup>, en sus respectivos artículos 5.2, se refieren en idénticos términos a la duración genérica de los derechos morales de los artistas y al ejercicio de algunas de sus facultades *post mortem*: *Los derechos reconocidos al artista intérprete o ejecutante de conformidad con el párrafo precedente [derechos morales] serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte Contratante en que se reivindique la protección. Sin embargo, las Partes Contratantes cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación del presente Tratado o de la adhesión al mismo, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del artista intérprete o ejecutante de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo precedente, podrán prever que algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del artista intérprete o ejecutante.*

Por lo que respecta al primer inciso de tales preceptos, normalmente sí se cumple que los derechos morales se mantendrán hasta la extinción de los derechos patrimoniales del mismo (50 años, bien desde la actuación, bien desde la divulgación de la grabación de su actuación, *v.gr.*,

---

<sup>902</sup> Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado el 20 de diciembre de 1996.

<sup>903</sup> En cuanto que se trata de los dos instrumentos internacionales que reconocen por primera vez facultades morales a los artistas, frente al silencio de la Convención de Roma de 1961, y lo hacen en términos idénticos. En el ámbito del Derecho comunitario, sin embargo, se carece de regulación y armonización de tales facultades morales en todas sus vertientes, esto es, tanto en la sustantiva como en la adjetiva. Así, ni la Directiva 93/98, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, ni la Ley 27/1995 que la incorpora al Derecho español, regulan la duración del derecho moral entre sus disposiciones, antes al contrario, expresamente tales normas determinan que la duración de los derechos morales escapa del ámbito de aplicación de las mismas, circunscrito el mismo, por tanto, a la armonización de los plazos de duración de los derechos de explotación (patrimoniales). Es más, el art. 9 de la Directiva 93/98, que se presenta bajo la rúbrica de Derechos morales, previene que “Lo dispuesto en la presente Directiva no afectará a la legislación de los Estados miembros en materia de derechos morales”. Por su parte, el art. 1 de la Ley 27/1995, al delimitar su objeto o ámbito de aplicación, dispone que “La presente Ley tiene como objeto regular la duración de los derechos de explotación en el ámbito de la propiedad intelectual. La duración de los derechos morales no está comprendida en el ámbito de aplicación de la presente Ley”.

art. 112 TRLPI), aunque también puede pensarse en algún supuesto en el que no se cumpla (por ejemplo, artistas que actúan al final de su vida), lo cual constituye otro punto de distorsión y de inseguridad jurídica. Debemos recordar, no obstante y en cualquier caso, que las previsiones del WPPT y del Tratado de Beijing lo son a título de mínimos.

No cabe duda alguna que tanto las normas internacionales como la mayoría de legislaciones nacionales garantizan que los derechos morales del artista existen y perduran, en vida del artista, como mínimo durante cincuenta años, pero sí existe alguna al respecto de la duración de los mismos tras su fallecimiento. De hecho, algunas legislaciones nacionales aún mantienen límites temporales para el ejercicio *post mortem* de las facultades morales del artista<sup>904</sup>. En unos casos tales limitaciones temporales tienen efecto preclusivo de las acciones de defensa de las facultades morales del artista fallecido, y en otros se entiende que el ejercicio exclusivo de tales facultades, aún sujeto a plazo y transcurrido dicho plazo, el derecho sigue protegido igualmente, sólo que se amplía el número y la cualidad de las personas que están legitimadas para su ejercicio (otros familiares del artista que no ostenten la condición de herederos, instituciones públicas, etc.)<sup>905</sup>. Sea como fuere, someter a plazo el ejercicio de las acciones en defensa de las facultades morales se enfrenta a la naturaleza de las cosas y al interés general, al tiempo que comportaría una injusticia o discriminación injustificada, la generación de perjuicios que no se resarcan, un enriquecimiento injusto, y, sobre todo, generaría inseguridad jurídica.

Por consiguiente, nosotros entendemos, por ser consustancial a la naturaleza, fundamento y fines de las facultades morales sobre las interpretaciones audiovisuales, que no deberían estar sujetas a ningún plazo de ejercicio tales facultades, tal cual previene actualmente nuestra norma, a excepción de la que comprende la autorización del doblaje, que cuenta con su propia justificación. Carece de todo sentido y fundamento someter a límite temporal las facultades de naturaleza moral del artista que son, básicamente, exigir que se identifique su nombre con su actuación y exigir que se respete la integridad de la misma. Por mucho tiempo que transcurra, la autoría de “El Quijote” deberá ser siempre atribuida a su legítimo creador, al igual que la interpretación de cualesquiera actor o artista. Lo contrario sería tanto como decir que, *v.gr.*,

---

<sup>904</sup> En Derecho comparado europeo podemos apuntar dos ejemplos significativos de legislaciones nacionales en las que sí se regula el plazo de protección de los derechos morales del artista: la Ley francesa de 3 de julio de 1985 (art. 17) y la Ley alemana de 7 de marzo de 1990 (parágrafo 83).

<sup>905</sup> CORDEIRO expone que los distintos sistemas jurídicos nacionales han seguido tres vías o caminos diferentes a la hora de regular la duración de los derechos morales. La primera vía de regulación concede una duración similar a los derechos patrimoniales y a los derechos morales. La segunda vía, concede diferentes duraciones, atendiendo a la naturaleza de los derechos. Y la tercera vía y última opta por el no reconocimiento, bien jurídico bien de hecho, de los derechos morales, no suponiendo, en este supuesto, un problema cuál es el periodo de duración - CORDEIRO, Pedro João, *A Duração do Direito de Autor*, *óp. cit.*, pág.187.

pasado el plazo de ejercicio que determina cada legislación nacional que así lo prevea, la interpretación magistral de Marlon Brando en “El Padrino” podría ser sustancialmente alterada impunemente o sustituido su nombre por otro o dejar huérfana para siempre, y así en infinidad de supuestos. Afortunadamente, ello ni puede ser así, y además es imposible, pues quebraría el fundamento mismo de la propiedad intelectual, se afectarían derechos de la personalidad y derechos de los consumidores, entre otras consecuencias.

Otro aspecto relacionado con la duración de las facultades morales del artista, sobre todo para el caso de que la misma fuera limitada, es que difícilmente podría explicarse que sobre una misma obra audiovisual, pongamos por caso una película, los derechos morales del director, el guionista y el compositor de la música sean, correctamente, perpetuos, en tanto los atribuidos al elenco actoral caducan en un plazo después de su muerte. Sería preciso advertir la incongruencia que podría derivarse de la diferencia de duración de los derechos morales de los autores y de los artistas cuando tales derechos concurren en una misma obra<sup>906</sup>. Tales defectos arrastrados por el art. 113 TRLPI (anterior 107 de la LPI de 1987) hasta su reforma por la Ley 23/2006, fueron correctamente subsanados por esta, de manera que ahora tanto el artista –mientras viva- como sus herederos o legitimados *post mortem* podrán proseguir la defensa de la integridad y la paternidad de la interpretación “sin límite de tiempo”. Además de las inercias y efectos negativos que provocan los diferentes regímenes de plazos o límites de facultades similares respecto de creadores que concurren en una misma obra, como la audiovisual, es que también se genera inseguridad jurídica por el *dies a quo* de tales plazos, ya que al tomar el mismo como referencia habitual el día del fallecimiento del artista, es un hecho habitual y de fácil constatación que no todos mueren al mismo tiempo.

Además y como veremos más adelante, tratándose de actores o bailarines que prestan su imagen o esta forma parte de su interpretación fijada, sin lugar a dudas, podrían acudir cumulativa o alternativamente a la vía del derecho fundamental a la propia imagen, regulado por la LO 1/1982, de 5 de mayo, dado que esta norma, no sólo por su rango, sino porque al configurar ese derecho fundamental como imprescriptible, y al atribuirle un régimen de plazos y de legitimación para el ejercicio de las acciones mucho más generoso, ofrece al perjudicado una vía más eficaz para

---

<sup>906</sup> PÉREZ DE CASTRO consideraba la posibilidad de aplicar analógicamente el régimen de los autores del art. 14 a los artistas. No obstante, dicha posibilidad se encuentra con el doble obstáculo de que la remisión que efectúa el art. 132 no incluye al artículo 14 y que, además, no cabría justificar la perpetuidad de los derechos morales cuando el art. 113 expresamente establece un plazo concreto de 20 años *post mortem* [teniendo en cuenta la redacción del art. 113 en vigor en esa fecha, modificada posteriormnete por la Ley 23/2006] -PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *Los derechos morales del artista*, *óp. cit.*

restablecer su imagen o su honor y, por ende, la integridad o la paternidad de su actuación artística<sup>907</sup>.

## 9.2.- La duración de las facultades morales del artista.

El análisis de la cuestión de la duración de los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes tiene como punto de partida la regulación que del mismo ofrece la Ley 22/1987 de Propiedad intelectual, cuyo art. 107 es el primer y único antecedente del actual art. 113 TRLPI, y este último es fruto de la reforma del TRLPI operada por la Ley 23/2006, de especial incidencia en el ámbito temporal de las facultades morales, sobre todo en las de paternidad e integridad de la interpretación, pues a raíz de dicho cambio las mismas dejaron de estar sujetas a plazos de ejercicio injustificados para transformarse en facultades que se podrán hacer valer “sin límite de tiempo” (art. 113.3 TRLPI). Por tanto, y como se ha dicho *ut supra*, sólo a partir de 2006 se les pudo calificar de perpetuas o imprescriptibles, pues, además, su especial naturaleza resultaba ser incompatible con tal limitación. Actualmente, como también se ha dicho *ut supra*, tan sólo la facultad moral de exigir la autorización expresa del artista para que su interpretación sea doblada en su propia lengua por un tercero está sujeta a la vida del artista (art. 113.2 TRLPI). Tal limitación, en principio, no es más que una obvia consecuencia de la imposibilidad de efectuar dicha autorización por el fallecido.

Sin embargo, surge la duda de si tal ampliación no sería igualmente predicable respecto al derecho de doblaje. En el caso de que el artista hubiera manifestado en vida su negativa al doblaje, no parece admisible que los legitimados para el ejercicio *post mortem* puedan adoptar decisión alguna en contra de la voluntad manifestada por el artista, pues ello iría en contra del propio fundamento del reconocimiento de las facultades de orden moral, destinadas a salvaguardar los aspectos personales del creador con lo creado por él mismo. Cuando el artista no hubiera manifestado en vida autorización a que un tercero realice tal doblaje a su propia lengua, y si una vez fallecido éste podrían sus herederos autorizar al doblaje o, en todo caso, tales facultades habrían expirado junto con la vida del artista. En todo caso, tal solución podría operar entendiendo que el doblaje no consentido constituye una alteración a la integridad de la interpretación, cuya oposición podría ejercitarse de manera perpetua por la persona natural o

---

<sup>907</sup> Los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, conforme a la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, son imprescriptibles (art. 1.3) y el afectado que quiera ejercitar acciones dispone de un plazo de caducidad de cuatro años (art. 9.5) desde que el legitimado pudo ejercitarlas, pero el derecho en sí protege a la víctima durante toda su vida y a su fallecimiento se hallarán legitimadas las personas físicas o jurídicas designadas al efecto en testamento y, a falta de tal designación, el cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos y, en última instancia el Ministerio Fiscal (art.4). La legitimación del Ministerio Fiscal y de las personas jurídicas gozan de un plazo de 80 para el ejercicio de las acciones de protección correspondientes (art. 4).

jurídica a la que el artista se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad o, en su defecto, a los herederos, o en su caso, el Estado, las Comunidades Autónomas, las corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural legitimadas para ejercer tales derechos (art. 113.3, último párrafo).

En este sentido, CÁMARA ÁGUILA<sup>908</sup> manifiesta que “sólo el artista en vida puede autorizar el doblaje de modo que tras su muerte, sólo quepa a los legitimados para el ejercicio de esta facultad moral defender la prestación frente a las alteraciones o cambios que pueda sufrir, entre otros, claro está, los derivados del doblaje en su propia lengua. Cabrá que el artista autorice el doblaje en su propia lengua para después de su muerte. Lo que no cabe es que la persona expresamente designada o sus herederos autoricen el doblaje, si es que el autor no lo autorizó expresamente en vida.”

### **9.3.- El ejercicio *post mortem* de las facultades morales del artista.**

La cuestión sobre el alcance de la sucesión *mortis causa* respecto de los derechos o facultades morales del artista también fue objeto de mejora por la Ley 23/2006, y no sólo por eliminar los límites temporales para su ejercicio *post mortem*, sino por ampliar también la nómina de legitimados para tal ejercicio de defensa de la integridad y la paternidad de la interpretación audiovisual, en nuestro caso. Lo uno tal vez lleve a la consecuencia lógica de lo otro, es decir, si las facultades no se someten a límite temporal y, además, pudiera darse el caso de que el artista carezca de herederos o éstos también fallezcan posteriormente sin sucesión, o se desconozca su existencia o paradero, es necesario ampliar la cadena de legitimarios para que, entre otros efectos, el levantamiento del límite temporal adquiera virtualidad.

Para un sector doctrinal, las facultades morales que se integran en la propiedad intelectual, por ser ésta una especialidad integrada en la propiedad ordinaria, sometida con carácter supletorio a la disposiciones del Código civil, se rigen por las mismas reglas sucesorias que la propiedad ordinaria. Esta concepción tiene su origen en la anterior Ley de Propiedad Intelectual de 1879, ya que -como nos recuerda la Sentencia nº 45/2007 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 23 de febrero de 2007, “el legislador partió de la equiparación de la propiedad intelectual a la propiedad ordinaria al considerar su artículo 5 que la propiedad intelectual se registrará por el derecho común, y entiende que aquella era transmisible ya sea por herencia, ya por

---

<sup>908</sup> CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, óp. cit., pág. 1524.

cualquier otro título traslativo del dominio, según el artículo 2 final; incluso equiparándola a la propiedad ordinaria. Incluso en esta equiparación a la propiedad ordinaria de la Ley de 1879 contempla la existencia de posesión, y así se encuentra la referencia que el artículo seis realiza a los legítimos poseedores”.

Tal concepción, no obstante, se matiza posteriormente por la doctrina al admitir que aún tratándose de un derecho de propiedad, las especialidades que impone el reconocimiento de las facultades morales admiten su transmisión *mortis causa*, si bien lo que se transmite es un derecho *sui generis*.

Otro sector dogmático considera que las facultades morales se extinguen con la muerte del autor –léase artista también-, instaurando la ley un régimen de legitimación especial *ex lege* que faculta a las personas designadas por el autor, a los herederos o instituciones públicas, referidas en los arts. 15 y 16, para defender un nuevo interés de carácter familiar o social salvaguardando la integridad de la obra o la identidad del autor. Siguen esta línea de pensamiento aquéllos autores que consideran que estamos ante un derecho personalísimo, y en cuanto derecho personalísimo desaparece al dejar de existir la persona que lo ostentaba.

Así, DELGADO PORRAS<sup>909</sup> nos dice que las prerrogativas o facultades morales “tienen un carácter personal, y están tan íntimamente unidas a la propia persona del autor, que al fallecimiento de éste, se extinguen como tales derechos de carácter personal y su condición de intransmisibles impide que fallecido el autor, exista ningún otro titular que suceda en ellas. Realmente, siendo el ‘derecho moral’ más eminente que los derechos patrimoniales, sin embargo, no puede ser objeto de la misma protección a través del tiempo precisamente por ser un derecho personalísimo, inalienable e intransmisible que, por lo tanto, por su propia naturaleza se extingue con la muerte del autor. Hablar, pues, de un ‘derecho moral’ sobre la obra después de que el autor ha muerto, en principio es ya un contrasentido”.

Lo que sucede –explica DELGADO PORRAS- es que, aún después de la muerte del autor, existe un interés familiar y en definitiva social -un interés público-, en velar por los valores intelectuales y estéticos, por la fama y el nombre del autor y por la conservación de su obra libre de deformaciones que la degraden o falseen. Y eso inclina a la ley a legitimar a determinadas

---

<sup>909</sup> DELGADO PORRAS, Antonio, *Tratado de Derecho Industrial*, Hermenegildo Baylos Corroza, 3ª ed., coordinada por María Baylos Morales, María, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 800.



personas, vinculadas al autor en vida, para ejercitar algunas de las facultades que integraban ese derecho moral desaparecido. “No se trata de las mismas facultades de que disponía el autor durante su vida, si no de una legitimación *ex lege* motivada por el interés general de conservar la memoria de los autores, de respetar sus obras y de divulgar en su caso la obra póstuma en interés de la cultura”. Como ha sido señalado, “después de la muerte del autor no cabe hablar de un derecho subjetivo y sí de situaciones de poder creadas en favor de determinadas personas (tanto de Derecho privado como público) a las que se les confiere el ejercicio (legitimación) de las facultades de reivindicar la obra y de exigir respeto a la misma, pero con vistas al interés general de que se conserve la identidad del patrimonio literario y artístico nacional”<sup>910</sup>.

No existe jurisprudencia *stricto sensu* que nos permita corroborar el acierto desde un punto de vista jurídico de una u otra teoría, mas es posible traer a colación la fundamentación de la Sentencia de Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 3ª, de 3 de marzo de 2003, que aborda la problemática que suscita la naturaleza de la legitimación que reconoce el art. 15 TRLPI, por su identidad con el sistema de legitimación *mortis causa* previsto en el apartado 3 del art. 113 del mismo cuerpo legal. La Audiencia encara esta cuestión planteándose si a tenor de lo dispuesto en el art. 15 TRLPI estamos ante un fenómeno sucesorio, aunque sea *sui generis*, o si, por el contrario, la legitimación concedida a determinados sujetos corresponde a un propio interés de los mismos.

A fin de analizar la cuestión, nos recuerda el referido órgano judicial, que las facultades morales sirven únicamente para salvaguardar la relación personalísima e indisoluble entre el autor y su obra. De ahí que, fallecido éste, tales facultades queden excluidas de la herencia del autor. El texto legal, en realidad, no prevería la atribución de los derechos o facultades en cuestión a los sujetos designados, sino únicamente la atribución de su titularidad de los mencionados derechos o facultades, los mismos sirven únicamente al interés del autor fallecido. Como interpretación alternativa se plantea la Audiencia, a pesar de la terminología utilizada por la Ley, que el fallecimiento del autor supone en realidad una extinción de su derecho moral y el nacimiento de otros derechos morales sobre la misma obra, de los que serían titulares las personas designadas en función de su vinculación con el autor y su obra. Esos nuevos derechos morales no servirían al interés del autor, a la defensa de la relación entre él y su obra, sino que servirían al interés que los sujetos legitimados tuviesen en la obra por su relación con el autor, es decir, de carácter personal, de carácter cultural o, incluso, de carácter económico.

---

<sup>910</sup> DELGADO PORRAS, Antonio, *Tratado de Derecho Industrial*, óp. cit., pág. 800.

Lo cierto es que, junto con CÁMARA ÁGUILA<sup>911</sup>, cabe defender que aún entendiendo que con la muerte del autor (artista) se extinguen sus derechos, existen elementos de la personalidad del autor o del artista que merecen seguir siendo protegidos. En tales casos, el ordenamiento jurídico atribuye *iure proprio* a determinados sujetos la legitimación para el ejercicio de las facultades necesarias a tales efectos. Esta es la línea marcada por la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que nos ofrece un referente válido, salvando las diferencias que ya se han expuesto entre derechos de la personalidad que aquélla salvaguarda y los derechos personalísimos que tutela, en este caso, la propiedad intelectual. Conforme nos indica en su exposición de motivos la citada ley, ésta contempla el supuesto de fallecimiento del titular del derecho lesionado y, aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho, por ello, se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de una persona a quien ésta hubiera designado en su testamento; en defecto de ella a los parientes supervivientes, y, en último término, al Ministerio Fiscal.

La misma también facilita un criterio que puede servir de pauta interpretativa para determinar el alcance de las facultades de los legitimados para el ejercicio de las facultades morales del autor, válida igualmente para los artistas, en cuanto a las posibles vulneraciones morales, cuando éstas hubieran tenido lugar antes del fallecimiento. En estos casos, la LO 1/1982, de 5 de mayo, establece que, si el titular del derecho lesionado no ejercitó las acciones reconocidas en la ley, éstas sólo subsistirán si no hubieran podido ser ejercitadas por aquél, pues si pudo ejercitarlas y no lo hizo existe una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado. En cambio, la acción ya entablada sí será transmisible porque en este caso existe una expectativa de derecho a la indemnización.

LACRUZ BERDEJO es de la opinión de que, con el fallecimiento del autor, las facultades morales se transforman: “En realidad, su aspecto de derecho subjetivo es bastante limitado. Los vivos defienden la atribución del autor, la integridad de la obra, etc., pero, si hacen uso del derecho moral de autor, esa defensa es en homenaje a la memoria del mismo autor, y no en provecho propio. El derecho moral ha cesado de constituir así un derecho absoluto y egoísta: es

---

<sup>911</sup> CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, óp. cit., pág. 244.

ahora un poder relativo, cuyo ejercicio está orientado a salvaguardar el pensamiento del autor y sus formas de expresión. Más que de un derecho, podría hablarse aquí de un deber moral hacia la memoria del autor, que puede ser hecho valer, en interés de éste, por determinadas personas legitimadas para ello, sin que quepa decir de modo absoluto, que están investidas de un derecho subjetivo. [...] Los que reciben el derecho moral actuarán en el sentido que les hubiera marcado el causante: como servidores, y no como dueños soberanos. No pueden tomar ninguna iniciativa que tenga como efecto contradecir y no ejecutar las decisiones del difunto. [...] Tras la muerte del autor, el derecho moral se concreta sobre todo en los atributos negativos: el derecho a hacer valer la paternidad del autor y a impedir las mutilaciones en la obra, pero disminuyen casi absolutamente los atributos positivos, que siguen sometidos a la voluntad del autor; a falta de ésta, solo en limitada medida pueden ser ejercidos por los herederos”<sup>912</sup>.

Por lo expuesto, cabe concluir que en realidad las previsiones del art. 113.3 TRLPI, coincidentes con las que se incardinan en los arts. 15 y 16 del mismo texto legal, atribuyen *iure proprio* la legitimación para el ejercicio de las facultades morales del artista a favor de las personas designadas, o, en su defecto, a los herederos, para defender aquellos aspectos personales del artista ligados a su interpretación o ejecución que subsisten tras su muerte, con sujeción a los actos consentidos o indicaciones previstas por el artista antes de su fallecimiento. Asimismo, la atribución con carácter residual de tal legitimación al Estado, las Comunidades Autónomas, las corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural, en virtud del art. 44 de la Constitución, resultan obviamente modificados los intereses en juego. El fundamento de tal legitimación entronca con las obligaciones de los poderes públicos de promover y tutelar el acceso a la cultura. Tal obligación incumbe a todos los poderes públicos de ahí la enumeración que contiene el citado art. 113.3 del TRLPI, a pesar de las críticas y propuesta de modificación formuladas en sede parlamentaria durante la tramitación de la Ley núm. 23/2006, de 7 de julio, que introdujo su actual redacción. Habida cuenta que la noción de “poderes públicos” que utiliza la Constitución (arts. 9, 27, 39 a 41, 44 a 51, 53 y otros) sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo (Sentencia Nº 35/1983 del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, 11 de mayo de 1983).

---

<sup>912</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *El ejercicio “post mortem auctoris” del aspecto moral de la propiedad intelectual*, Separata de la revista “TEMIS” editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Estudios de Derecho Privado común y foral - Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Centro de Estudios Registrales y José María Bosch, editor, S.A., 1992, págs. 483-484.

Como nos recuerda el Pleno del Tribunal Constitucional, en su Sentencia nº 49/1984, de 5 de abril de 1984, el cine, y con él otras manifestaciones, como el teatro, desde estimaciones diversas, son una actividad cultural y un espectáculo. La cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, y aún de otras comunidades, pues allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias, dentro de lo que, entendido en un sentido no necesariamente técnico-administrativo, puede comprenderse de “fomento de la cultura”. Esta es la razón a la que obedece el art. 149.2 de la CE en el que, después de reconocer la competencia autonómica afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el servicio de la cultura como deber y atribución esencial. Hay, en fin, una competencia estatal y una competencia autonómica, en el sentido de que más que un reparto competencial vertical, lo que se produce es una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente.

## **10.- LOS DERECHOS MORALES vs. DERECHOS FUNDAMENTALES.**

### **10.1.- Aproximación al tema.**

El actor y el bailarín, también el cantante o músico que fija su actuación en un soporte o sistema audiovisual, a diferencia del resto de sujetos creadores, comprometen sus bienes y derechos fundamentales (imagen, intimidad, honor, etc.) en su proceso creativo y, en no pocas ocasiones, también ponen en riesgo su prestigio profesional. Una vez que la interpretación artística queda fijada en un soporte o sistema audiovisual, la misma y tales bienes de la personalidad quedan vinculados y, por consiguiente, susceptibles de ser afectados en la fase de explotación o utilización de la interpretación audiovisual; sobre todo desde que la irrupción de la tecnología digital ha puesto a disposición del propio usuario ilimitadas capacidades o posibilidades de modificación de los contenidos creativos almacenados en soportes de tal naturaleza, albergados en bases de datos o accesibles por cualesquiera modalidades de uso y disfrute.

Siendo personalísima la prestación artística fijada en un soporte audiovisual, los ámbitos de protección de tales bienes de la personalidad, y los propios de las facultades morales sobre sus prestaciones, se exponen indisolublemente, a pesar de tratarse de ámbitos de protección y bienes jurídicos diferentes.

El actor, en efecto, desarrolla o construye su interpretación o personaje valiéndose de su cuerpo, voz, imagen, gesto, sentido del ritmo, memoria afectiva. Por tanto, siendo sus herramientas de trabajo creativo atributos o elementos de la personalidad, es lógico que tanto los bienes de la personalidad (elementos físicos y personalísimos) como su interpretación artística (elemento intelectual) queden unidos y confundidos. Además, al incorporarse a un soporte o sistema audiovisual susceptible de ser explotado, reproducido, modificado, ya sea legítima o ilegítimamente, la suerte que corra uno puede correrla el otro bien, aunque no siempre se vulneren derechos fundamentales.

Por tanto, pueden darse tres situaciones: 1ª) que con motivo de la alteración, manipulación, distorsión, etc., de la integridad de una interpretación fijada con carácter definitivo en una obra o grabación audiovisual también se estén afectando alguno de los derechos fundamentales del artista, tal acontece, por ejemplo, cuando a la interpretación audiovisual se le sincroniza la voz de otra persona o se deforma la apariencia física del actor o con la secuencia de imágenes sesgada se insinúa una actividad deshonrosa del personaje ficticio para confundirla con la del actor, etc.; 2ª) que, sencillamente, se vulnere alguna facultad moral sobre la interpretación audiovisual sin afectar a ningún derecho fundamental; y 3ª) que la alteración de la integridad de la interpretación sea consentida por el actor o permitida por la Ley para ajustar el formato de la obra original a una determinada modalidad de explotación.

La relación existente entre los derechos morales y los derechos fundamentales ha estado siempre presente dentro del estudio de la propiedad intelectual. Principalmente, porque ambos gozan de caracteres muy similares dentro de su diferente naturaleza jurídica que les hace compartir un común denominador, y porque estos segundos fueron tomados como punto de partida para dar cobijo a los primeros, como base de la posterior regulación que los legisladores dieron a la protección creativa de los autores y artistas.

Dicha relación se muestra aún más intensa en el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes. Y ello porque estos desarrollan su actividad creativa incluyendo en sus obras el elemento personal del que irradian los derechos al honor y a la propia imagen. Como se ha señalado, el artista deja la impronta de su personalidad en cada interpretación, radicando ahí en gran medida el reconocimiento de derechos intelectuales.

CÁMARA ÁGUILA nos recuerda, asimismo, que “el instrumento que emplea el artista intérprete o ejecutante en la prestación intelectual que realiza es su propia persona: su cuerpo, su

voz; en definitiva, su imagen. Desde este punto de vista, la implicación personal del artista con su interpretación es mayor si cabe que la que tiene el autor en su propia obra. La confusión entre derecho moral y derechos de la personalidad deriva pues de la confusión misma de la prestación –actuación o interpretación– con la persona del artista”<sup>913</sup>. Hasta tal punto ello es así que, incluso en las últimas décadas, es fácil encontrar cierta confusión en el sector audiovisual entre derechos de imagen y derechos intelectuales, de manera que muchos operadores de tal sector siguen denominando derechos de imagen lo que, en realidad, son derechos de propiedad intelectual<sup>914</sup>.

La confusión sectorial entre derechos fundamentales y derechos de propiedad intelectual no ayudó nada en las décadas precedentes a delimitar con precisión tales ámbitos sensibles. Prueba de ello es que a principios del siglo XX los tribunales franceses y alemanes, basándose en una interpretación extensiva de los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen, extendieron la protección de los derechos morales a los artistas intérpretes o ejecutantes vinculando dicha protección a los derechos de la personalidad<sup>915</sup>.

Tampoco contribuyó a tal fin la exponencial influencia en el mercado global de la industria audiovisual estadounidense apoyada en el sistema del *Copyright*, pues los ámbitos propios de protección de los derechos morales se cubren en dicho sistema, precisamente, a través de derechos como el de privacidad (*right of privacy*), y su vertiente patrimonial, el derecho de publicidad (*right of publicity*), siendo tales ámbitos propios de los derechos de imagen y no de los derechos intelectuales<sup>916</sup>. Por tanto, la influencia que dichas prácticas han ejercido sobre todos los modelos cinematográficos y audiovisuales del resto del planeta ha traído como

---

<sup>913</sup> CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 1514.

<sup>914</sup> SAP de Barcelona, sección 14ª, 5/2008, de 10 de enero, “El juez considera que la imagen, cedida para una película, no puede ser utilizada en un ámbito totalmente distinto (la publicidad de un festival); sin que quepa confundir el derecho a la imagen con la propiedad intelectual”.

<sup>915</sup> En el caso de Francia desde muy pronto los jueces y tribunales entendieron que la protección a los artistas se fundamentaba en los derechos de la personalidad, así encontramos un origen de la reiterada opinión jurisprudencial menor a principios del siglo XX, *v.gr.*, la sentencia del *Tribunal de Grande Instance de la Seine* en el año 1903, si bien, para que esta línea sea más fluida a este respecto tenemos que esperar a los años 50 del pasado siglo, y muy especialmente desde el famoso asunto de María Callas (Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 11 de julio de 1977, D. 1977, Jur., 700). Paralelamente en Alemania encontramos un apoyo del tercer poder del Estado a esta interpretación a raíz de la sentencia del *Oberlandesgericht* de Munich de 7 de agosto de 1958, si bien para considerar vulnerado los derechos de la personalidad de un artista por el doblaje de su interpretación en su propia lengua de forma incontestada. Sobre este punto y el posterior desarrollo véase el trabajo de LUCAS-SCHLOETTER, Agnès, *Droit moral et droit de la personnalité. Etude de droit comparé français et allemand*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Marsella (PUAM), Marsella, 2002.

<sup>916</sup> IGARTUA ARREGUI, Fernando, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 16: “El *right of publicity* o derecho patrimonial sobre la imagen, que puede definirse como el *derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad con fines publicitarios o comerciales*, está tomando carta de naturaleza en la doctrina comparada y supone una forma distinta de contemplar las facultades sobre los bienes de la personalidad. Ya sea que nos encontremos ante dos derechos distintos sobre esos bienes (uno de índole patrimonial, otro como derecho de la personalidad) o que se esté ante un derecho similar al derecho de autor (con sus aspectos morales y materiales), lo que está claro es que existen dos situaciones jurídicas bien diferentes sobre aquellos bienes, una más volcada en su protección, otra fundamentada en su explotación”.

resultado una errática concepción de la materia, que en el caso de las interpretaciones audiovisuales alcanzó niveles ciertamente graves, y que ahora nos proponemos aclarar.

Evolutivamente, como ya se ha dicho, los derechos reconocidos a los titulares de derechos conexos no fueron sino una segunda generación de derechos de propiedad intelectual que tuvieron cabida en las leyes bien avanzado el siglo XX y, a su vez, los derechos morales de los artistas fueron una evolución de los patrimoniales que se les otorgaron en momentos posteriores<sup>917</sup>. Este desfase temporal en el reconocimiento de tales derechos no sólo se debió a las trabas habituales a la inclusión de nuevos titulares de derechos en los textos normativos, sino a la misma naturaleza de la interpretación a la que iba asociada la obra en sus orígenes<sup>918</sup>. Fue el desarrollo de nuevos medios de comunicación audiovisual, el cine y con posterioridad la televisión –y ahora Internet–, los que introdujeron un nuevo campo de litigio entre los intérpretes y los autores a la hora del reconocimiento de derechos a los artistas sobre sus interpretaciones. Obviamente, con el paso del teatro al celuloide se produce la posibilidad de fijar la interpretación y, con ello, la generación de todos los derechos patrimoniales que sobre la misma se pudieran dar. En este nuevo escenario, partiendo de la fijación de la imagen, se concatenan los problemas y las tensiones con los derechos fundamentales de la personalidad citados, a cuyo debate se han incorporado necesariamente las facultades morales del artista sobre su interpretación audiovisual.

Hay que esperar a 1965 en el caso de Alemania<sup>919</sup>, a 1985 en el de Francia<sup>920</sup>, ambos con una tradición ya consolidada de amparo a las facultades morales de los artistas, y hasta 1987 en España, para encontrar un reconocimiento legal de los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes.

Por otro lado, junto a las razones expuestas, hay que señalar que los caracteres de irrenunciabilidad e inalienabilidad, propios de tales derechos fundamentales, se incorporaron a nuestro ordenamiento a partir de la reforma del art. 113 TRLPI operada por la Ley 23/2006, de 7

---

<sup>917</sup> Recordemos que fue la LPI de 1987 la que reconoce por primera vez en España derechos morales a los artistas.

<sup>918</sup> En este sentido son sumamente ilustrativas las palabras de LEHMAN “la cuestión del derecho moral no existía porque el artista daba directamente al público presente ante él la imagen fiel de su creación”, *Le droit de l'artiste sur son interpretation, LGDJ*, París 1935, pág. 10 (se sigue la cita y la traducción realizada por CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 1514).

<sup>919</sup> En la actualidad § 73 a 75 *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (Ley de derecho de autor y derechos conexos).

<sup>920</sup> En la actualidad, art. L 212-2 *Code de la Propriété Intellectuelle* (Código de la propiedad intelectual).

de julio; lo que contribuyó sobremanera a reforzar las relaciones de analogía y los vínculos de tales derechos morales del artista con los derechos al honor y a la propia imagen<sup>921</sup>.

En efecto, los caracteres esenciales y comunes (irrenunciabilidad e inalienabilidad) que presentan tanto los derechos morales del art. 113 TRLI como los de la personalidad les aproxima tanto que en cierto modo justifica la confusión aludida. Dicha analogía parece provenir del hecho de que, tanto en los derechos morales de propiedad intelectual como en los fundamentales al honor y a la propia imagen, se protege la esfera moral (particular y pública o colectiva) de la persona/artista. Porque no sólo media identidad de caracteres, sino que el desarrollo de los mismos responde a un esquema jurídico y funcional también prácticamente idéntico: ambas categorías de facultades permiten su uso por terceras personas consentido, revocar dicho consentimiento, están sujetas a límites razonables, etc. Consecuentemente, compartiendo caracteres y soporte, parece obligado estudiar las relaciones de ambas categorías de derechos atribuibles al artista titular originario de una interpretación audiovisual, bajo el buen entendido de tratarse de derechos de naturaleza, contenido y objeto bien diferenciado.

Por tanto, parecidos pero diferentes tanto en naturaleza como en contenido y objeto. Y ello porque ambos derechos operan en realidades jurídicas similares pero muy bien diferenciadas: los derechos de la personalidad tienen por objeto la protección de la persona en cuanto ente jurídico y los derechos morales tienen como objeto la protección de la creación intelectual y de la persona del intérprete en cuanto creador artístico, no en cuanto ser humano; estableciendo dos realidades jurídicas distintas dentro de un mismo sujeto, una como ser humano y otra como artista intérprete. Todo ello sin obviar, como se verá, importantes puntos de conexión.

Finalmente, y aunque el contenido del art. 18.1 CE presenta varios derechos, en el caso que nos ocupa no parece que la intimidad sea un derecho que pueda entrar en colusión con los derechos morales reconocidos al artista intérprete, entre otras cosas, porque la utilización de su imagen como medio de acceso a los derechos de propiedad intelectual supone la aceptación de que se utilice -para los fines acordados en el contrato a través del cual otorga su consentimiento para un uso concreto de su imagen- la imagen de esta persona, superando así el concepto de intimidad que, obviamente, protege un ámbito que se ha visto ampliamente sobrepasado por la realización

---

<sup>921</sup> Artículo Primero, apartado Tres, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: *El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley.*



de su actuación. No puede haber vulneración del derecho a la intimidad, por muy íntimos que sean los contenidos asociados a la imagen del sujeto creador, cuando el objeto de tal contenido sea la propia representación que va a ser ofrecida a un público<sup>922</sup>.

Por tanto, si el derecho a la intimidad personal y familiar no se ve directamente afectado por el diseño de la interpretación audiovisual, todo lo contrario ocurre respecto de los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen.

## 10.2.- El derecho al honor y las facultades morales del artista.

El honor ha sido reiteradamente descrito por el TC como “buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio”<sup>923</sup>, señalándose que “el bien jurídico protegido por el derecho al honor es el aprecio social, la buena fama, la reputación; en una palabra, el merecimiento a los ojos de los demás”<sup>924</sup>.

Por tanto, queda claro que el objeto y finalidad del derecho al honor se distancia considerablemente del propio de un derecho intelectual de naturaleza moral, no obstante su posible concurrencia en un determinado acto de explotación o vulneración. Precisamente, por lo que respecta al derecho al honor y a su posible campo de actuación conjunta con los derechos morales, tenemos una sentencia paradigmática del TS que implicó a los derechos contemplados en el art. 18.1 CE y la condición de artista intérprete. Nos referimos a la STS núm. 1155/1993, de 2 de diciembre. El supuesto de hecho consistió en que el Ente Público *Radiotelevisión Española*, en el programa televisivo *Informe Semanal*, emitió un reportaje dedicado a la

---

<sup>922</sup> SAP de Barcelona núm. 247/2005, de 22 de abril. Razona dicho tribunal que “Respecto a la supuesta vulneración del derecho a la intimidad, debemos reiterar la acertada reflexión del juzgador de instancia cuando señala que entender que el aparecer en un programa de televisión verificando un desnudo integral pertenece a la esfera de la intimidad de la persona es algo difícilmente sostenible al tratarse de una actuación que pudo ser vista por todos los habitantes de la ciudad de Barcelona y limítrofes. La tutela al derecho a la intimidad pretende preservar del general conocimiento parcelas de la vida de las personas que pertenezcan a su ámbito privado y que esta misma persona ha deseado mantener ocultas. Ninguna de estas circunstancias concurren en el caso de autos pues el hecho de que los padres y demás familiares de los actores tuvieran conocimiento a través de la publicación en la revista de la demandada, del programa televisivo en que estos intervenían, es fruto de la casualidad, pues es evidente que la intervención en un espacio televisivo con la gran publicidad que ello conlleva, es incompatible con el derecho a la intimidad que se alega violado (...). Además y en cualquier caso, la tutela legal atribuida al indicado derecho pretende la protección frente a todos, de la persona concreta cuya intimidad ha sido desvelada, careciendo de sentido que el ámbito protector se reduzca a un determinado grupo de personas, en este caso el círculo familiar de los actores, que parece constituye su principal preocupación” (FJ4).

<sup>923</sup> FJ3 de la STC núm. 51/2008, de 14 abril [BOE núm. 117, de 14 de mayo de 2008, páginas 41 a 48], en la que hace referencia, entre otras sobre este extremo, a las SSTC núms. SSTC 185/1989, de 13 de noviembre, FJ 4 [BOE núm. 290 de 4 de diciembre de 1989]; 176/1995, de 11 de diciembre, FJ3 [BOE núm. 11, de 12 de enero de 1996, páginas 7 a 13]; 180/1999, de 11 de octubre, FJ4 [BOE núm. 276 de 18 de noviembre de 1999] ó 52/2002, de 25 de febrero, FJ 5 [BOE núm. 181, de 30 de julio de 2003, páginas 16 a 26].

<sup>924</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson-Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 310.

homosexualidad y la enfermedad del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), en el que incluyó entrevistas a personas, informó sobre conductas homosexuales y exhibió como fondo en la pantalla escenas sobre comportamientos homosexuales, proyectando las imágenes de los demandantes, actores de profesión poco conocidos, bailando y besándose, sin hacer referencia alguna a que las escenas correspondían a una película: *La huella del crimen*<sup>925</sup>.

El TS confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual, a su vez, había revocado la de Primera Instancia, con una dura crítica contra los alegatos jurídicos del Juzgado, al considerar que medió un error en la apreciación del derecho, y concluyendo que sí había una intromisión ilegítima, al no concurrir la excepción del art. 8 de la LO 1/1982. Y ello por la utilización de “escenas escabrosas” de la película que “exhiben conductas que no favorecen la fama o buen nombre” para dar una mayor ambientación a un documental sobre el SIDA, “sin hacer referencia al mundo de ficción del que proceden”<sup>926</sup>.

En este mismo sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia núm. 5/2008, de 10 de enero, consideró que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante, al haber sido utilizada su imagen, extraída de una grabación audiovisual, para un uso distinto al que había sido otorgado por el artista (publicidad de un festival de cine erótico)<sup>927</sup>. Considera la Audiencia que “en toda actividad artística los profesionales velan con rigor por el buen uso de su nombre e imagen”, siendo razonable, continúa, que “sea especialmente celoso de sus derechos fundamentales y la Ley debe ampararle porque afecta al

---

<sup>925</sup> En la STS de 2 de diciembre de 1993, del Tribunal Supremo se consideran hechos probados que: (1) un reportaje emitido en RTVE para informar sobre el SIDA fue ilustrado con imágenes de una película sin advertir que tales imágenes pertenecían a una película y que, en consecuencia; (2) a las personas que aparecían en esas secuencias interpretando papeles –personajes– (como actores) nunca se les solicitó autorización previa para hacer de las mismas tal uso; (3) tampoco se advirtió a los espectadores sobre su origen –cita–, advirtiendo el riesgo de asumir la veracidad de unas imágenes que pertenecían al mundo de la ficción. En vista de ello la Sala concluye considerando una intromisión ilegítima en la propia imagen y el honor de los actores.

<sup>926</sup> STS1155/1993, de 2 de diciembre: “extraer de un mundo de ficción, como es normalmente una película, escenas escabrosas que exhiben conductas que no favorecen la fama o buen nombre de quien en la vida real las ejercitara, sin hacer referencia al mundo de ficción del que proceden, todo para dar mayor ambientación a la presentación del grave problema del SIDA, en buena parte secuela de comportamientos sexuales, rebasa los derechos de reproducción y exhibición que normalmente adquieren los productores de películas que, como dice la recurrente, tienen derechos conferidos por la Ley de Propiedad Intelectual pero derechos que no se ejercen conforme a ley cuando se extraen imágenes, se mutila la película y se da ocasión a lesionar la reputación. Y no se diga que se trata de actores que pierden por su carácter de profesionales notorios el derecho a impedir que se divulgue la propia imagen, porque ni los actores del caso eran conocidos del público, como destacó la sentencia de instancia, ni por muy conocido que sea un actor podrá extraerse su imagen y sus actos de una película que con anterioridad protagonizara para ambientar con ella programas.”

<sup>927</sup> SAP Barcelona 5/2008, de 10 de enero, “la afectación de los derechos fundamentales de la demandante: En fin, debe aceptarse que, si en toda actividad artística los profesionales velan con rigor por el buen uso de su nombre e imagen, diferenciando su actividad artística de su vida privada y defendiendo una específica línea interpretativa (mediante la aceptación solo de un determinado tipo de funciones, guiones o papeles), no ha de ser excepción un ámbito profesional tan sensible como el de la pornografía, en el que el profesional expone mucho sobre sí mismo en sus actividades de disposición de los otros profesionales del sector y del público en general su cuerpo. Es razonable que, en estas condiciones, sea especialmente celoso de sus derechos fundamentales y la Ley debe ampararle porque afecta el aspecto ‘trascendente’ de su vida (que junto al ‘inmanente’ configuran la noción jurídica del honor)” (FD1).

aspecto “trascendente” de su vida (que junto con el ‘inmanente’ configuran la noción jurídica del honor)”.

Por tanto, nos hallamos ante supuestos en los que se produce una vulneración de derechos fundamentales y, sin embargo, no se está afectando la integridad de la interpretación, pues esta se comunica públicamente descontextualizada, pero sin alteración de su contenido. Asimismo, la jurisprudencia apuntada nos pone de manifiesto otro punto de interés, aunque no lo aborde como tal, cual es la vulneración del derecho de paternidad sobre tales interpretaciones, ya que en ningún momento se puso en conocimiento de los espectadores que las imágenes que iban a emitirse correspondían a la interpretación actoral de los artistas que participaban en la película. La protección de la imagen personal del actor y del bailarín, en definitiva, al ser intrínseca a su resultado creativo, nos servirá para proteger su interpretación más allá de los contornos restringidos del TRLPI.

De otro lado, las resoluciones de referencia nos aportan otro aspecto relevante, ya que no sólo considera la utilización de estas imágenes vulneradoras del derecho al honor, sino que incluso hace primar estos derechos constitucionales sobre los que tenga cualquier tercero, en este caso el productor, cesionario de los derechos de los artistas intérpretes, por haberse extralimitado en el ejercicio de estas cesiones. Estas resoluciones judiciales suponen un hito en la protección de los derechos de los artistas intérpretes cuando se excede la cesión de los derechos de sus titulares, a los que van asociados no solo la interpretación objeto de su propiedad intelectual, sino el derecho al honor y a su imagen pública que forma parte de toda creación audiovisual a la que se incorporan.

Otro punto de intersección entre ambos derechos es el que se forma entre las finalidades de protección del derecho al honor y los derechos morales reconocidos en el art. 113 TRLPI.

Por una parte, respecto del derecho de paternidad, queremos poner de manifiesto cómo ambas facultades reconocidas a los sujetos van dirigidas al respeto del concepto del creador como profesión y especialmente de su prestigio profesional. Es cierto que desde 1994 el TS ha reconocido que el derecho al honor ampara la reputación profesional<sup>928</sup>, siendo el TC quien ha

---

<sup>928</sup> Entre otras STS núm. 311/2010, de 2 junio [RJ 2010, 2666]; 154/2008, de 25 de febrero [RJ 2008\2818]; 378/2005, de 19 de mayo [2005\4083]; 755/2004, de 20 de julio [RJ 2004\5466]; 999/1995, de 15 de febrero [1995\841]; 425/1995, de 12 de mayo [RJ 1995\4231]; 1001/1994, de 10 e noviembre [1994\8481]; 477/1994, de 24 de mayo [1994\3737].

consagrado esta extensión del derecho al honor sobre la actividad profesional que realizamos cualquiera de nosotros<sup>929</sup>.

Como puede verse, y a modo de conclusión a este respecto, qué mayor afrenta a la profesión de creador o artista puede haber que privarle de la condición de autor o artista. De esta forma, parece clara la identidad teleológica del derecho al honor en cuanto protector del prestigio profesional como del derecho moral a la paternidad sobre cualquier creación que todo artista intérprete o ejecutante goza a través del art. 113 TRLPI. Es en este punto donde nos parece mayor la confluencia de intereses normativos, y donde el paraguas protector del ordenamiento jurídico se despliega, de forma doble, a favor de los creadores, ya sean autores o artistas.

Por otra, ahora en relación con el derecho de integridad, CÁMARA apunta que “el artículo 113 dificulta la separación entre la protección de los derechos de la personalidad y la protección del derecho moral del artista (en concreto, con el llamado derecho a la integridad), en la medida en que la lesión de ese último se vincula exclusivamente a la lesión de un bien de la personalidad: la reputación o prestigio del artista. El derecho al honor ampara la reputación profesional (entre otras, SSTs 31-7-1996, 12-5-1995, 24-5-1994). Así, para que una alteración o modificación de una prestación sea protegida por el derecho moral del artista, ha de constituir a su vez una lesión del derecho al honor”<sup>930</sup>.

Ya hemos apuntado que el derecho moral de los artistas se configura como un derecho más restrictivo que el reconocido a los autores en el art. 14.4 TRLPI, el cual, junto a la posibilidad de impedir cualquier modificación de su obra cuando cause un menoscabo a su reputación o prestigio, permite también su oposición a cualquier modificación cuando “cause perjuicio a sus intereses legítimos”.

---

<sup>929</sup> STC Sentencia núm. 282/2000 de 27 noviembre, RTC 2000\282, FJ3: “En efecto, en el concepto constitucional del honor protegido por el art. 18.1 CE tiene cabida el prestigio profesional, dado que en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal. En estos supuestos, los calificativos formalmente injuriosos o innecesarios para el mensaje que se desea transmitir, la crítica vejatoria, descalificadora y afrentosa de una persona, se dirigen contra su comportamiento en el ámbito en el que desempeña su labor u ocupación, pudiendo hacerle desmerecer ante la opinión ajena con igual intensidad y daño que si la descalificación fuese directamente de su persona ( STC 223/1992, de 14 de diciembre [ RTC 1992, 223 ] , FJ 3). Ello es así, añadía la STC 180/1999 (F. 5), “porque la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga.”<sup>929</sup>

<sup>930</sup> CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 1518.

Como hemos visto en los supuestos anteriores, caben casos en los que una determinada actuación signifique vulneración del derecho al honor y no del derecho moral del artista. En cambio, CÁMARA ÁGUILA apunta que “la deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre la actuación del artista que lesione su prestigio o reputación constituirá un supuesto a su vez de lesión del honor por la vía del art. 7º.7 de la LO 1/1982. Se tratará de una manifestación de juicio de valor a través de acciones que lesionen la dignidad de una persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. De este modo, la lesión del derecho moral a la integridad sólo puede tener lugar si se lesiona un bien de la personalidad del artista, vinculándose así la protección del derecho moral a la protección de los bienes de la personalidad”<sup>931</sup>.

### **10.3.- El derecho a la propia imagen y las facultades morales del artista.**

La confusión sectorial entre los denominados derechos de imagen y los derechos de propiedad intelectual, ya hemos advertido *ut supra*, constituye un tema clásico de necesaria aclaración y de obligado retorno a términos estrictamente jurídicos. Mas nuestro propósito no queda satisfecho en absoluto con alcanzar ese objetivo sino que, superado el mismo, orientaremos el análisis hacia la concurrencia o no de tal derecho fundamental y las facultades de naturaleza moral del artista, habida cuenta esa suerte de unidad de destino que se observa en las interpretaciones audiovisuales integradas por atributos de la personalidad y, al tiempo, por elementos creativos y ficticios.

Si bien ni la Constitución ni las leyes orgánicas de desarrollo definen el derecho a la propia imagen, teniendo que recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar el alcance de este derecho fundamental, es cierto que su contenido ha sido ampliamente estudiado por estos altos tribunales y la doctrina, siendo ellos mismos los que le han dotado de autonomía y de contenido respecto al conjunto de los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE.

En esta labor, una de las acepciones que más impacto ha tenido por acercarse de forma directa al contenido del derecho de imagen es la recogida en el Fundamento Jurídico 2º de la STC 81/2001, de 26 de marzo, que veremos más adelante. Previamente a dicho contenido, se fijaron por el TC los efectos del reconocimiento del derecho a la imagen para dar cobertura a los casos que fueron,

---

<sup>931</sup> CÁMARA ÁGUILA, Pilar, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, óp. cit., pág. 1518.

año tras año, sometándose a su enjuiciamiento y estudio. Así, el Fundamento Jurídico 3º de la STC 117/1994 mostró tal alcance al decir que este derecho “forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona”<sup>932</sup>.

La configuración jurisprudencial ha venido consolidando el derecho a la imagen como un derecho de una doble dimensión: por una parte, la vertiente fundamental (art. 18.1 CE), “derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas”<sup>933</sup> y, por otra, la vertiente civil de contenido patrimonial (LO 1/1982), en referencia a las vertientes de la explotación de la imagen, concentradas en el ámbito del contrato, de donde se derivan perjuicios de naturaleza económica<sup>934</sup>.

Es decir, la jurisprudencia ha venido estableciendo que en los supuestos de extralimitación por parte de quien obtuvo el consentimiento para la explotación de la imagen de otro, la infracción que suponga un uso distinto para el que fue concedido queda enmarcada en el aspecto patrimonial (art. 2.2 LO 1/82), relativo al cumplimiento de dicho contrato, y no conlleva por sí una intromisión ilegítima en el derecho constitucional.

Entre numerosas sentencias, se encuentra la del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2001, en la cual dicho Tribunal razona que si bien se atribuyen “a estos derechos los caracteres de irrenunciabilidad e inalienabilidad, lo que viene a implicar la indisponibilidad de estos derechos por el titular de los mismos” se otorga al sujeto la facultad “de disponer sobre determinados aspectos del derecho reconocido, en particular en lo que afecta al derecho a la propia imagen, como es la facultad de controlar la representación y difusión de su propia efigie, cuando éste, en la vida ordinaria, es frecuente objeto de tráfico en materia laboral y comercial”; cuya tutela procesal se ventilará a través de procedimientos declarativos ordinarios en razón a la cuantía económica, y no a través del procedimiento especial previsto para la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales.

---

<sup>932</sup> BOE núm. 129, de 31 de mayo de 1994, páginas 4 a 10.

<sup>933</sup> BOE núm. 104, de 1 de mayo de 2001, páginas 50 a 53, derecho fundamental “derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde”.

<sup>934</sup> STS de 20 de abril de 2001; STS 22 de julio de 2008; STS de 25 de septiembre de 2008, entre otras

La Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo de 2001, desestimó el recurso de amparo interpuesto por Emilio Aragón, en una demanda frente a quien había utilizado una imagen que imitaba sus “rasgos característicos” (pantalón negro y zapatillas deportivas blancas), utilizando una frase como reclamo publicitario que era el estribillo de una de sus canciones (*Me huelen los pies*). El Tribunal Constitucional señala que el “derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de la propia imagen”, ello no obstante, aclara el citado Tribunal “la explotación inconsentida –e incluso en determinadas circunstancias la consentida- de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen”.<sup>935</sup>

La doctrina ha venido analizando la jurisprudencia de nuestros altos tribunales. GARCÍA GARNICA, señala que “los derechos a la intimidad y la propia imagen han adquirido en la actualidad una vertiente patrimonial susceptible de disposición y comercialización al margen de su vertiente estrictamente personal, y consagrada al más alto nivel normativo en el art. 18.1 de la CE. De un lado, el titular de estos derechos ostenta una limitada facultad dispositiva con respecto al contenido esencial de estos derechos fundamentales y de la personalidad, que le permite consentir y legitimar dentro de ciertos límites las intromisiones de terceros”<sup>936</sup>.

---

<sup>935</sup> El Tribunal Constitucional comienza su análisis acerca de “si la difusión de un anuncio publicitario que reproducía, sin su consentimiento, la identidad del recurrente en su faceta de actor, supuso una vulneración de ese derecho constitucional a la propia imagen”, para lo que había que precisar “si el anuncio controvertido y las demandas formuladas contra él se refieren o no a bienes jurídicos o a aspectos del derecho a la imagen integrados en el contenido del derecho fundamental a la propia imagen constitucionalmente garantizado en el art. 18.1 CE”. Y añade “la dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas”. Concluye el precitado Tribunal que en el caso enjuiciado, “no es necesario elaborar en abstracto una doctrina general acerca de los elementos que permiten distinguir entre la dimensión moral y la patrimonial del derecho a la propia imagen” porque, por una parte, la reivindicación del recurrente siempre ha tenido como objeto la defensa “del valor patrimonial o comercial” de la “imagen indebidamente utilizada” y, por otra, porque “la referida representación gráfica no se refiere ni afecta al recurrente como sujeto en su dimensión personal, individual o privada, sino a lo sumo en cuanto personaje popularizado a través de apariciones televisivas”.

<sup>936</sup> GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Consideraciones generales acerca de la distinción de las vertientes moral y patrimonial de los derechos a la intimidad y la propia imagen y su trascendencia jurídica*, Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García, coordinado por José Manuel González Porras y Fernando P. Méndez González, Ed. Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 2004, págs. 1867-1868, “Por otro lado, puede patrimonializar ciertas facultades relativas a los bienes jurídicos tutelados por aquéllos y celebrar negocios jurídicos dispositivos con respecto a las mismas. Este fenómeno no pasó desapercibido por completo al legislador de 1982. Pero no fue abordado satisfactoriamente, dado su difícil encaje en el molde de los derechos de la personalidad, en tanto derechos personalísimos, irrenunciables, inalienables e imprescriptibles. Sin embargo, la distinción de las vertientes personal y patrimonial de estos derechos encuentra apoyo en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la que se afianza una doctrina sólo apuntada tímidamente en pronunciamientos anteriores de este Tribunal, e incluso del Tribunal Supremo, así como por autorizados pareceres doctrinales, en buena medida inspirados por el *right of publicity* del Derecho anglosajón. En particular, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve que cuando se dispone de la imagen y la intimidad como valores esenciales de la persona, ligados a su dignidad como tal, se está ejerciendo un derecho fundamental; mientras que, cuando se llevan a cabo negocios jurídicos dispositivos de estos derechos, con fines comerciales o publicitarios, no siempre se está realizando o no en su totalidad la vertiente moral y constitucional de estos derechos, sino tan sólo su ya consolidada vertiente patrimonial. La cual, aunque está amparada por el ordenamiento jurídico, no se inserta en la dimensión constitucional de estos derechos”.

BLASCO GASCÓ, a su vez, apunta que “la distinción es importante porque, aunque siguiéramos considerándolo un derecho de la personalidad, tendría un régimen jurídico propio, contractual en los términos de la LO 1/1982 y sujeto, por ejemplo, a criterios de interpretación de los contratos”<sup>937</sup>. AZURMENDI ADARRAGA considera asimismo que “la imagen humana, como atributo de la personalidad, no puede ser objeto de comercio. Pero sí puede serlo la cesión de las facultades sobre la propia imagen con objeto de hacer rendir, por y para otros –con un fin publicitario, de exhibición, etcétera-, el valor comunicativo de la imagen”<sup>938</sup>.

Esta vertiente patrimonial del derecho a la imagen es la que hemos de analizar en el punto que nos ocupa y que comparte espacio protagónico con los derechos morales reconocidos en el art. 113 TRLPI. La imagen física, la voz y el nombre son puestos al servicio de la interpretación, y es en ella donde pueden verse vulnerados los derechos de los artistas por su utilización in consentida o extralimitada. Pero, ¿son derechos que entran en controversia por compartir espacio de protección, o se complementan? En nuestra opinión son derechos que, si bien se proyectan sobre una realidad jurídica similar, pero bien diferenciada en cuanto a objeto, fundamento y bien jurídico protegido, no sólo resultan ser compatibles, sino que se complementan cada uno al otro, permitiendo que los artistas intérpretes gocen de una protección reforzada respecto de los ciudadanos no artistas porque suman a la protección de unos derechos que protegen el uso y explotación de la propia imagen, recogidos en la LO 1/82, la de los derechos morales del art. 113 TRLPI. Mas dicho plus protector se justifica sobradamente en el hecho mismo de amparar elementos o atributos idénticos (imagen, voz y nombre), pero desde ámbitos diferentes, al concurrir sobre un mismo soporte o sistema audiovisual.

Como ya dijimos más arriba, mediado el consentimiento del artista para un determinado uso de su imagen, la LO 1/82 le protege en cuanto persona física y el derecho moral de paternidad e integridad, en cuanto creador, tanto a él como al objeto de su creación.

---

<sup>937</sup> BLASCO GASCÓ, *Francisco de Paula, Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen, Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 17 a 32 -“En definitiva, la doctrina constitucional y especialmente la STC 81/2001, de 26 de marzo, distingue claramente entre un derecho constitucional o fundamental a la propia imagen (art. 18-1CE), derivado de la dignidad humana y dirigida a proteger la dimensión moral de las personas y la explotación económica o comercial de la misma, regulada en la LO 1/1982 (en concreto, en el art. 7-6), la cual se configura como un derecho subjetivo de contenido esencialmente patrimonial y que se equipara al derecho de publicidad o *right of publicity* propio del derecho anglosajón, derivado del derecho a estar solo o a que dejen a uno en paz (*right to be alone*), como manifestación del derecho a la privacidad o *right of publicity*.”

<sup>938</sup> AZURMENDI ADARRAGA, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997; 2ª ed., Universidad Iberoamericana, México DF, 1998, pág. 38.



Sabida, pues, la naturaleza y configuración de uno y otro derecho, estamos en condiciones de afrontar la primera de las cuestiones planteadas: el deslindamiento de los derechos de imagen respecto de los derechos morales.

La imagen de las personas con proyección pública posee un valor comercial también relevante. Desde que se inventó en EEUU el deporte profesional, por ejemplo, el valor de la imagen de los jugadores de béisbol –primeros profesionales del deporte de la era moderna- se cotizó mucho en el mercado de la publicidad. Cuando todos los deportes de masas, entre ellos el fútbol, se comenzó a emitir por televisión también la imagen de los futbolistas, dentro o fuera de la cancha, se convirtió en un bien tanpreciado que, en la actualidad, los mayores ingresos de tales deportistas y de sus clubes se obtienen por la venta de derechos de imagen para ser explotados por televisión o Internet, por el *merchandising*, etc. Tal acontece, asimismo, respecto de otros deportes o deportistas (tenistas, pilotos, ciclistas, jugadores de baloncesto, etc.)<sup>939</sup>.

También los actores y actrices de prestigio o de fama poseen una imagen de gran valor comercial, ya sea para la publicidad o para interpretar un personaje audiovisual en una película, telenovela, serie de televisión, etc. Ahora bien, en el campo propio de la producción audiovisual, el actor que realiza un *spot* de publicidad o un comercial audiovisual para televisión, aunque desarrolle su trabajo bajo un guión y una dirección-realización, exactamente igual que cuando se trata de cualquier obra audiovisual, sin embargo, dicha interpretación audiovisual se incardina directamente en el ámbito de la publicidad.

En efecto, del juego de los arts. 21 y 22 de la vigente Ley General de Publicidad<sup>940</sup> y del art. 90.6 TRLPI, se sigue a efectos prácticos la regla de la exclusión de los derechos de remuneración de contenido patrimonial de los autores y artistas<sup>941</sup>. Consecuentemente, cuando un actor desarrolla una actividad audiovisual con fines publicitarios en los que compromete su imagen, precisamente, es su imagen el objeto de su prestación y por la cesión de la misma percibe la remuneración correspondiente, en función del valor de su imagen, del ámbito al que se destina el *spot* y la duración de la campaña correspondiente.

---

<sup>939</sup> En Brasil y en Portugal llegó a estar regulado el denominado “direito de arena”; en Brasil a través de la que se denominó *Lei Pelé*, como una prerrogativa concedida a los deportistas de impedir que terceros hagan uso de su imagen sin su autorización.

<sup>940</sup> Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

<sup>941</sup> En efecto, aunque el art. 22 de la Ley General de Publicidad en su primer párrafo proclama la compatibilidad de las obras publicitarias con la propiedad intelectual, siempre que reúnan los requisitos exigidos por el TRLPI, sin embargo, en su párrafo segundo establece una presunción –*iuris tantum*– de cesión de todos los derechos al anunciante o agencia “en virtud del contrato de creación publicitaria”. Y si ello añadimos que el art. 90.6 TRLPI, a su vez, determina que los derechos de remuneración que se atribuyen a los autores audiovisuales “no serán de aplicación a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario”, la conclusión apuntada cobra toda virtualidad.

Ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 10 septiembre 2003 (AC 2004\289). El supuesto de hecho se trataba aquí del uso (en las locuciones del transporte metropolitano de Barcelona) de una grabación de la voz de un actor doce años más tarde de que se hubiera hecho la grabación consistente en un conjunto de pruebas de voz con el fin de destinarlas a una posterior selección de voces para su uso en la megafonía pública.

La Audiencia Provincial vino a determinar en el último párrafo de su Fundamento de Derecho Segundo que “es, pues, la vertiente patrimonial del derecho de imagen reconocido constitucionalmente y tenido como derecho de la personalidad, la que resultó infringida por la conducta denunciada”, por lo cual, “debemos confirmar, toda vez que no se antoja que la lectura de una información acerca de las paradas y correspondencias de un transporte público pueda ser comprendido en alguno de los conceptos anteriores [obra literaria, artística o científica]” (FD 3º)<sup>942</sup>.

El supuesto anterior, pues, queda enmarcado en el ámbito exclusivo de los derechos de imagen y no en el de los intelectuales. Asimismo, pone de manifiesto *per se* el apunte sobre la confusión reinante en el sector sobre ambos derechos y ámbitos de protección.

Dejando a un lado la anterior cuestión, técnicamente aclarada pese a requerir aún hoy esfuerzos pedagógicos, la relación entre los derechos de propiedad intelectual de contenido moral y el derecho fundamental a la propia imagen ofrece otras perspectivas nada desdeñables en el ámbito de la era de la tecnología digital y en el contorno específico de los actores o artistas en su condición de tal y en la de personas públicas por excelencia.

Así las cosas, ¿qué derechos se ven afectados cuando se utiliza la imagen de una interpretación de un actor por persona no autorizada a ello?

BLASCO GASCÓ considera que “para que se pueda calificar como intromisión constitucionalmente ilegítima en la propia imagen debe tratarse de la reproducción de los rasgos físicos de una persona, sin que valgan la imagen de representaciones imaginarias o creativas (es

---

<sup>942</sup> BOE núm. 97, de 22/04/1996, dicho actor, interpuso demanda alegando que “se declarase que dicha conducta había provocado la existencia de una intromisión ilegítima en su imagen y la quiebra de sus derechos de propiedad intelectual en su condición de intérprete-ejecutante y se condenase al demandado a estar y pasar por dicha declaración y a resarcirle del daño moral y del lucro cesante que ambas infracciones acarrearán y que cifró en tres y en dos millones de pesetas respectivamente” (FD Primero).

decir, del personaje, no del actor que le da vida) ni representaciones ajenas al espacio de privacidad de su creador, de su propia imagen como individualidad y como persona y, en definitiva, a su dignidad personal. De este modo, la utilización de cosas características de las personas, de cosas tan propias y peculiares que identifiquen a las personas o que evoquen la figura o la imagen de otra persona sin su consentimiento no significa violación del derecho a la imagen como derecho fundamental reconocido en el art. 18-1 CE, aunque pueda dar lugar a la infracción del derecho a la explotación económica de la propia imagen y, por tanto, a la indemnización de dicho daño y perjuicio. Aquí se trata, por tanto, de la protección de determinados valores económicos o comerciales de la imagen que afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios del derecho a la propia imagen como derecho fundamental o derecho de la personalidad”<sup>943</sup>.

IGARTUA ARREGUI, en su estudio sobre *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, recoge la distinción entre los conceptos amplio y estricto de imagen escénica.

“Por imagen escénica en sentido amplio ‘como señala McCARTHY, es posible que la persona de un actor sea identificada por una caracterización o papel que estén fuertemente asociados a ese actor. Son supuestos en los que se produce, por la actividad artística desarrollada, una confusión entre personas y personajes. En esos casos es posible hablar de imagen reconocible de la persona cuando en realidad no hay más que imagen del personaje. Es lo que se denomina *performing persona*’”.

Se trata aquí de la identificación por parte del público del actor y el personaje. Ejemplos que encajan en esta descripción son; Charlie Chaplin y Charlot, Mario Moreno y Cantinflas, los Hermanos Marx<sup>944</sup>.

Por imagen escénica en sentido estricto, señala IGARTUA ARREGUI que “en principio no puede mantenerse que la fotografía de una persona representando a otra (en un acontecimiento

---

<sup>943</sup> BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen*, *óp. cit.*, pág. 32

<sup>944</sup> Según IGARTUA ARREGUI, “Existen, por lo menos, dos vías claras de que se produzca en la mente del público la asociación entre actor y sus interpretaciones. La primera es la que podría estar representada por Charlie Chaplin y su personaje *Charlot* o por Mario Moreno y *Cantinflas*. En este caso Chaplin creó un verdadero álter ego en el inicio de su carrera profesional y lo mantuvo en la mayoría de sus películas. La segunda va un poco más lejos, y podría ser el caso, tal vez único, de los Hermanos Marx. Éstos, no sólo crearon sus personajes, sino que procuraban mantener su apariencia y forma de comportamiento en el resto de su vida pública”. -IGARTUA ARREGUI, Fernando, *La apropiación comercial de la imagen* *óp. cit.*, pág. 35.

teatral o cinematográfico) sea ‘imagen de la persona’. Más bien, será imagen del personaje representado”<sup>945</sup>.

La conclusión a la que llega IGARTUA ARREGUI, y que compartimos, es que en los casos en los que hay identidad del actor con su personaje, “su utilización será más fácil de prohibir cuando se esté en un ámbito puramente comercial”. En cambio, cuando estamos ante el supuesto de una imagen del “personaje representado”, “no parece que exista base para reclamar una vulneración del derecho a la imagen cuando se usa tal fotografía sin consentimiento”.

La respuesta jurisprudencial a estas cuestiones es apenas inexistente, probablemente porque son pocos los asuntos de esta materia que llegan a los tribunales. Hay una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de junio de 2002, (caso Joaquín Cortés) que consideró que hubo intromisión ilegítima en el derecho a la imagen del actor “porque el bailarín que aparece en el anuncio [Cacaolat] presenta los caracteres que conforman la imagen más conocida del demandante”.

La referida Audiencia Provincial analiza el concepto de imagen a los efectos de la aplicación de la LO 1/82, señalando que la STS de 30 de enero de 1998, supera la concepción tradicional de imagen que venía utilizando la anterior jurisprudencia del TS, en el sentido de entender que “imagen es la figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa, y a efectos de la Ley Orgánica 1/1982, ha dicho que equivale a representación gráfica de la figura humana, mediante un procedimiento mecánico –y con ello cualquier técnica adecuada- para obtener su reproducción”. Si bien, a partir de la precitada sentencia de enero de 1998, extiende el concepto de “a otras representaciones de la persona que faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas, su reconocibilidad” (FD4).

En el Fundamento de Derecho Quinto analiza el concepto de reconocibilidad o reconocimiento, el cual “comprende no sólo la reproducción fiel sino también la apariencia que crea confusión con la imagen de otra persona”. En este sentido, la reconocibilidad o reconocimiento “sería la acción y efecto de distinguir de las demás personas a una por sus rasgos propios (voz, fisonomía, movimientos, etc.), que tanto se producirá a los efectos del precepto examinado, cuando la

---

<sup>945</sup> “¿Es el carácter de Rambo parte de la *performing persona* de Sylvester Stallone? Es el único actor que ha interpretado ese papel, pero ello no es suficiente para que el público no distinga entre ese personaje característico y el actor. Stallone, creo, no se va comportando como Rambo en el resto de su vida pública (cosa que los Marx, por ejemplo, sí hacían con respecto a sus personajes). Tampoco puede decirse que sea un álter ego de su persona como el personaje Charlot y Chaplin; el que Stallone haya interpretado otros personajes importantes (Rocky) lo evita, al menos de momento” -IGARTUA ARREGUI, Fernando, *La apropiación comercial de la imagen*, *óp. cit.*, págs. 47 y ss.

identificación derivada de dicho reconocimiento resulte acertada, como cuando esté equivocada, pero esta equivocación pueda atribuirse objetivamente al autor de la utilización a que se refiere el apartado 6 del art. 7”.

Asimismo, del análisis de ANTEQUERA PARILLI de la jurisprudencia comparada en esta concreta materia, se deduce que en Alemania y en Italia el tratamiento es similar al de la Audiencia Provincial de Barcelona: “En otro asunto se trató de fotografías extraídas de un filme donde se reflejaban posturas *sexí* de una actriz, quien demandó a la publicación, y el tribunal optó por la vía de la protección a través del derecho del intérprete, por considerar que era necesaria su autorización respecto de *‘toda utilización separada del sonido y de la imagen de la prestación cuando ésta ha sido fijada al mismo tiempo para el sonido y la imagen’*. También en la situación de las fotografías y las imágenes en movimiento de una actriz, extraídas de un filme pero fuera de contexto, si bien el tribunal consideró que existía una presunción de cesión de los derechos a favor del productor audiovisual, la artista tenía derecho a reclamar por los derechos morales relativos a la paternidad de su interpretación y a la integridad de la misma, ésta que con la extracción fue desnaturalizada”<sup>946</sup>.

Otra sentencia española que analizó en su día la utilización de la “imagen escénica” fue la del caso de Emilio Aragón (la citada STC 81/2011, de 26 de marzo). En este procedimiento, Emilio Aragón interpuso demanda de amparo por vulneración de su derecho a la propia imagen, *ex art.* 18.1 CE, frente a quien había publicado una serie de anuncios publicitarios en diversos medios de comunicación en los que, sin su autorización ni consentimiento, y “evitando reproducir el nombre y la imagen de aquél, se utilizaban una serie de expresiones y representaciones gráficas” de su personaje (pantalones negros y zapatillas deportivas blancas), “conjuntamente con una leyenda que decía: La persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies”.

Si bien se ha de señalar que el Tribunal Constitucional denegó el amparo por considerar que “en el caso aquí enjuiciado el derecho concernido no es el derecho constitucional a la propia imagen”, por cuanto, entre otros motivos, “la referida representación gráfica no se refiere ni afecta al recurrente como sujeto en su dimensión personal, individual o privada, sino a lo sumo en cuanto personaje popularizado a través de apariciones televisivas, con lo que, como queda dicho, en ese

---

<sup>946</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Derechos intelectuales*, *óp. cit.*, pág. 557: Tribunal de Apelaciones de París. Sentencia del 21-9-1999, citada por KÉRÉVER, André, *Crónica de Jurisprudencia*, *Revue Internationale du Droit d’Auteur* (RIDA), núm. 183, París, 2000, págs. 284-285; Tribunal de Gran Instancia de Nanterre, Sentencia de la Sala 1ª (7-12-1999), también citada por KÉRÉVER, André, *Crónica de Jurisprudencia*, *óp. cit.*, pág. 557.

anuncio no quedaba concernido el bien jurídico protegido por el derecho fundamental a la propia imagen”<sup>947</sup>.

De las precitadas resoluciones podemos deducir, al menos, que si bien no cabe hablar de protección constitucional del uso no autorizado de la “imagen escénica” (imagen del personaje), sí cabría tratar su protección en el ámbito civil, considerándose intromisiones ilegítimas su uso no consentido por el actor.

Finalmente, en lo que se refiere a la perduración de tales derechos a la muerte del titular, si bien mientras el derecho a la imagen, en su vertiente de derecho fundamental, se extingue con la persona, en cambio, su vertiente patrimonial, en cuanto a la explotación comercial de la misma, se establece un régimen de legitimación *mortis causa* (STC 231/1998<sup>948</sup>). En este sentido, DÍAZ PICAZO apunta: “En primer lugar, el derecho a la propia imagen es personalísimo y se extingue con la muerte del titular, de manera que no puede ser ejercido por sus herederos. Así lo dijo la STC 231/1998, relativa a la filmación no consentida de la larga agonía de un famoso torero tras sufrir una cogida. Ello no prejuzga, según el Tribunal Constitucional, los eventuales derechos económicos de los herederos por la explotación que se haya hecho de la imagen del difunto; pero,

---

<sup>947</sup> STC 81/2011, de 26 de marzo, y continua el razonamiento, “la reivindicación del recurrente siempre ha tenido como objeto la defensa ‘del valor patrimonial o comercial’”, a dicho argumento añadió este otro: “debe tenerse presente que la imagen reproducida, en este caso concreto, tampoco afectaba a lo que hemos denominado dimensión personal y no patrimonial del derecho a la imagen, ya que se trataba de un simple dibujo en blanco y negro realizado por ordenador de unas piernas cruzadas y enfundadas en unos pantalones negros y calzadas con zapatillas deportivas blancas que, además, representaban al personaje en su faceta de actor. Esta doble circunstancia permite afirmar que, con independencia de la cuestión debatida en casación acerca de si esta imagen era suficiente o no para identificar al recurrente y podía por ello generar una vulneración del valor comercial de esa imagen”.

<sup>948</sup> La STC 231/1998, recoge las siguientes consideraciones (FJ3): “Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18.1 CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la ‘dignidad de la persona’, que reconoce el art. 10 de la CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a nuestra cultura – para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”. Y continúa, “Ciertamente, el ordenamiento jurídico español reconoce en algunas ocasiones, diversas dimensiones o manifestaciones de estos derechos que, desvinculándose ya de la persona del afectado, pueden ejercerse por terceras personas. Así, el art. 9.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, enumera las medidas integrantes de la tutela judicial de los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen, entre las que incluye la eventual condena a indemnizar los perjuicios causados; y el art. 4 de la misma Ley prevé la posibilidad de que el ejercicio de las correspondientes acciones de protección civil de los mencionados derechos corresponda a los designados en testamento por el afectado, o a los familiares de éste. Ahora bien, una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad, - según determina el art. 32 del Código Civil: “La personalidad se extingue por la muerte de las personas”- lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos, un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente. Por consiguiente, si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas, como en el presente caso, a la obtención de una indemnización) a favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. Por ello, y en esta vía, este Tribunal no puede pronunciarse sobre aquellas cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, carecen ya de dimensión constitucional: concretamente, y en el presente caso, sobre la explotación comercial de la imagen de don Francisco Rivera en el ejercicio de su actividad profesional. En este aspecto, el “derecho a la imagen” que se invoca (y al que la demandante concede especial relevancia) es, en realidad el derecho a disponer de la imagen de una persona desaparecida y de su eventual explotación económica, protegible, según la Ley 1/1982 en vías civiles, y susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero derecho que no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, ya que, una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales”.

al no ser susceptibles de protección por las vías procesales específicas de los derechos fundamentales, como es destacadamente el recurso de amparo”<sup>949</sup>.

#### **10.4.- La parodia y la utilización humorística de la imagen de los artistas fijada en interpretaciones audiovisuales.**

El uso de la imagen de los artistas fijada en interpretaciones audiovisuales (imagen escénica) con fines humorísticos o cómicos cuando el artista no ha autorizado tal uso nos lleva a analizar los derechos afectados en tales situaciones. Efectivamente, son dos los supuestos más habituales del uso no consentido de la “imagen escénica” de los actores en el marco de la parodia: por una parte, aquellos supuestos de imitadores de “personajes”, cuando están utilizando la imagen del actor que interpreta dicho personaje; y por otra, cuando se utiliza una escena de una grabación audiovisual (película, serie, etc.) con fines humorísticos.

En tales usos no consentidos de la imagen de los actores, tendremos ocasión de ver en las próximas líneas que los derechos afectados son: el derecho moral a la integridad de su interpretación o ejecución (art. 113 TRLPI); el derecho a la imagen propia (art. 7.6 LO 1/82); y el derecho al honor (art. 18.1 CE). Así como la tensión existente entre éstos y el derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20 CE).

Como punto de partida resulta necesario determinar cuál es el marco protegido a través de la parodia. El diccionario de la Real Academia define la parodia como “imitación burlesca”, TACTUK recoge la definición de la doctrina, desde el punto de vista de la propiedad intelectual, “como la ‘variación sobre las ideas y expresiones de otra obra, cuya esencia sea un contraste humorístico con el original, lo que supone copiar de ese original pero de una manera exagerada o distorsionada’. También se ha dicho que la parodia se trata de la ‘recreación –pues verdaderamente el parodista crea aunque sea a partir de otra creación-, de una obra concreta, ya sea literaria, musical o plástica, transformándola para conseguir un efecto cómico, sin que sea lícita la que implique riesgo de confusión con la obra original, o infiera daños a ésta o a su auto””. Así, para la mayor parte de la doctrina, la parodia ‘no llega a ser copia maliciosa de la obra original porque tiene sentido lúdico, no implica agravio para la obra parodiada, aún cuando tome elementos de ella para, con propio estilo, provocar sonrisas y gracia burlesca y festiva””<sup>950</sup>.

---

<sup>949</sup> DíEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, óp. cit., pág.307.

<sup>950</sup> Tesis doctoral TACTUK, Aurora, *El derecho de transformación. Especial referencia a la parodia*, Facultad de ciencias sociales y jurídicas, Departamento de derecho privado, Universidad Carlos III, Madrid, 2009, pág. 325.

En principio, conforme a nuestra normativa, la realización de parodias de una obra audiovisual divulgada está amparada en el límite al derecho de transformación (y explotación) del autor. Ahora bien, tales usos están sujetos a ciertos límites que legal y jurisprudencialmente se han venido definiendo.

En lo que se refiere a la propiedad intelectual, la normativa española anterior a la LPI de 1987 establecía que no se podía utilizar, sin consentimiento del autor, ningún fragmento literal de la obra parodiada<sup>951</sup>. Según GALACHO ABOLAFIO, “esto se justificó en su momento por las muchas imitaciones que, a título de parodia, se habían sucedido en los años precedentes, convirtiéndose la parodia en una excusa para imitar obras ajenas, por lo que se entendió necesario reconocerla y limitarla legalmente”<sup>952</sup>. Es a partir de la LPI de 1987 cuando se regula en el art. 39 la parodia como un límite al derecho de transformación del autor: *No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo o confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor*. GALACHO ABOLAFIO realiza una crítica que compartimos en el sentido de que “tras la Ley de 1987, la amplitud del concepto de parodia tal como queda en el literal de la norma, ha conducido según nuestra opinión, al efecto contrario, esto es, a que el límite se haya expandido hasta hacer difícilmente justificable que puedan orillarse los derechos de explotación y morales del autor de la obra que se parodia. (...) La doctrina sentada por el TJUE supone, en el ámbito europeo, dar el paso definitivo hacia la posibilidad de utilizar libre e impunemente la propiedad intelectual ajena, expandiendo el límite de la parodia más allá incluso de lo ya admitido en nuestra propia norma de Derechos de autor, en aras de la libertad de expresión”<sup>953</sup>.

En cuanto a los requisitos de la parodia, el objeto de la misma ha de ser transformar la obra parodiada. Según la doctrina, la parodia contemplada en el art. 39 TRLPI es aquella que tiene como objetivo la “propia obra empleada por el parodista”<sup>954</sup>, la que se ha venido denominando “*target parody*” (objeto); frente a la “*weapon parody*” (medio), que es aquella en la que la parodia “toma la obra parodiada como arma para atacar, burlarse o simplemente referirse a una textualidad que nada tiene que ver con la obra parodiada”<sup>955</sup>. Lo que lleva a concluir que no está

---

<sup>951</sup> Reglamento de 1880 de la Ley de 10 de enero de 1879

<sup>952</sup> GALACHO ABOLAFIO, Antonio Francisco, *La parodia como límite a los derechos de autor y su relación con el derecho de transformación*, Pe. i. Revista de propiedad intelectual, Bercal, núm. 49 (enero – abril 2015), pág. 16.

<sup>953</sup> *Ibid.* pág. 16.

<sup>954</sup> Tesis doctoral TACTUK, Aurora, *El derecho de transformación*, *óp. cit.*, pág. 383.

<sup>955</sup> *Ibid.*, pág. 384.



amparada en el marco de la parodia lícita aquella que ataca algo fuera del ámbito de la obra parodiada.

Desde esta perspectiva, TACTUK analiza la escasa jurisprudencia emanada de nuestros tribunales en la materia y concluye que “incurre en errores tan graves, como el que supone estimar que ha existido parodia, pero no transformación de la obra preexistente, aún reconociendo que se ha modificado la letra de una canción para atacar a personajes del corazón. Tal fue la conclusión a la que arribó la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 2 de febrero de 2000, tratándose de un caso en el que en un programa de televisión denominado ‘La Parodia Nacional’ se transformó la letra de la conocida canción ‘*A la lima y al limón*’. Dicha posición jurisprudencial, tenía como antecedentes otros dos casos importantes y similares en los que se cambiaban las letras de las canciones ‘*Tengo una vaca lechera*’ y ‘*Perfidia*’ para mofarse de aspectos ajenos a dichas obras. En estos casos los tribunales arribaron a conclusiones parecidas a las adoptadas en el caso de ‘*A la lima y al limón*’, y en los tres se cometía el mismo error: se tildaba de parodia lo que en realidad no lo era.

No obstante, una sentencia más reciente, en concreto la de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de octubre de 2003, ha modificado un poco la forma de ver estos casos, pero todavía no se termina de enfocar bien la situación. Así, la Sala estimó que “la utilización que se hace de la obra protegida no tiene como fin parodiar a ésta, como permite determinadas circunstancias al artículo 39 TRLPI, sino ridiculizar algo ajeno a la misma (en este caso, a una Ministra del Gobierno de España o a una conducta protagonizada por ésta), bien que utilizando la fotografía en que consistía aquélla para conseguirlo o para dar una mayor fuerza a la pretendida ironía”.

Visto de esta forma, la posición del tribunal es totalmente correcta, si no fuera porque en realidad se argumentaba esto para justificar que no podía estarse causando un perjuicio a la obra preexistente, porque no era ella propiamente objeto de burla. Pero bueno, cuando menos ya en cierta forma se ha reconocido que a lo que se refiere el art. 39 del TRLPI es a la parodia “objeto” o “*target*” y en ningún caso a la parodia “medio” o “*weapon*”<sup>956</sup>.

Además, el art. 39 TRLPI exige que se trate de una transformación de una obra divulgada (esto es, de una obra conocida por el público), y, por tanto, que tenga como resultado una obra

---

<sup>956</sup> *Ibid.*, pág. 389.

parodiada; que no haya riesgo de confusión con la obra originaria; que no provoque daño; y que tenga contenidos críticos con efecto humorístico o cómico.

Desde el ámbito de la protección del derecho a la imagen, el art. 8.2.b) LO 1/82 permite la utilización de la caricatura de personas que ejerzan *una profesión de notoriedad o proyección pública* cuando la imagen se capte *durante un acto o en lugares abiertos al público*. Si bien, tales usos están sujetos a las limitaciones derivadas de los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen de los parodiados. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 92/2009, de 17 de febrero, entre muchas otras, señala que si bien la doctrina de dicho tribunal ha venido destacando “la permisividad social con el género satírico, en su manifestación de humor gráfico”, el uso del tono jocoso o burlón, así como la ridiculización del personaje, no excluye la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Concluye el Supremo que “El art. 8.2b) LPDH exige por ello que la utilización de la caricatura se adecue al uso jocoso o burlón cuando el llamado *animus iocandi* [intención de bromear] se utiliza ‘precisamente como instrumento de escarnio’ (STC 176/95).”

El análisis casuístico de los supuestos de intromisión ilegítima de la imagen de los personajes parodiados es necesario por cuanto, atendiendo a los derechos afectados (derechos de la personalidad, intelectuales, fundamental de expresión, etc.), y a la infinidad de supuestos diferentes, fijar unos criterios rígidos se presenta complicado, cuando no imposible.

Se ha de destacar la relevancia que tiene a la hora de analizar una posible intromisión ilegítima en la imagen del personaje parodiado, si el personaje utilizado vive o no. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2 de febrero de 2000 (caso La Parodia Nacional), en la que fueron los herederos los que ejercitaron las acciones derivadas de la propiedad intelectual del autor de la canción *A la lima y al limón*, en su Fundamento de Derecho Tercero recoge el siguiente razonamiento: “no cabe duda de que cuando se trata, fundamentalmente, de defender el ‘derecho moral’ del autor, el grado de afección y la entidad del posible quebranto no se puede predicar lo mismo de quien ha sido el padre de la obra que de quien ha recibido la facultad de proteger la obra por una simple disposición testamentaria o por ministerio de la ley. De manera que, en cierto modo, se podría decir que estamos ante derechos de autor de ‘segunda generación’”<sup>957</sup>.

---

<sup>957</sup> SAP de Madrid, de 2 de febrero de 2000: “Al entrar en el ámbito de lo estrictamente jurídico, entiende este Tribunal que hay que tener en cuenta una circunstancia que concurre en este caso y que incide de manera importante en el tratamiento del tema de la propiedad intelectual. Se trata del hecho de que sean los “herederos” de los autores y no los “autores” mismos, quienes

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 92/2009, de 17 de febrero (caso El informal – funcionario público), analiza el ámbito de protección del derecho a la propia imagen y sus limitaciones derivadas de otros derechos fundamentales como el derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE). El supuesto de hecho analizado se refiere al uso de la imagen de un funcionario de policía, tomada de una rueda de prensa sobre una determinada actuación policial. Concluye el Supremo que no hay intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen del funcionario “por cuanto la misma había sido tomada en un acto público (*vid.* STC 68/2008), con ocasión del ejercicio de funciones públicas relacionadas con la comunicación de una determinada actuación policial y, en consecuencia, podía ser objeto de una utilización posterior sin necesidad de que mediase su consentimiento por parte del interesado”. Si bien, reitera la exigencia de que la utilización de la imagen de otro no sea abusiva en el sentido de realizarse de “manera absolutamente gratuita e innecesariamente lesiva, con la intención de atentar contra la dignidad de aquél a quien pertenecía la imagen utilizada, o para fines comerciales, publicitarios o análogos”<sup>958</sup>.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 101/2007, de 16 de febrero (caso Toyota/Crónicas marcianas), en su Fundamento de Derecho Cuarto parte, como presupuesto necesario para examinar si se ha producido la vulneración del derecho a la propia imagen del personaje parodiado, de la necesidad de “investigar el concepto jurídico de imagen y si, para que pueda entrar el juego del precepto citado 7.6 de la LO 1/1982 (...), es necesario que se produzca o que pueda producirse algún tipo de confusión en las personas que reciben el mensaje publicitario sobre la verdadera identidad del personaje”. Concluye el Tribunal que “es evidente que, de acuerdo a los usos sociales, se ha admitido la caricaturización de personajes en ámbitos

---

ejerciten las acciones derivadas de la propiedad intelectual, porque, sin dejar de reconocer los derechos que les concede el art. 15 LPI en relación, a su vez, con los derechos que inicialmente adquirió el creador de la obra, no cabe duda de que cuando se trata, fundamentalmente, de defender el “derecho moral” del autor, el grado de afección y la entidad del posible quebranto no se puede predicar lo mismo de quien ha sido el padre de la obra que de quien ha recibido la facultad de proteger la obra por una simple disposición testamentaria o por ministerio de la ley. De manera que, en cierto modo, se podría decir que estamos ante derechos de autor de “segunda generación”, en que la defensa de la creación intelectual o artística mira más hacia la protección del acervo cultural que hacia la protección de unos derechos patrimonial particulares, hasta el punto de que, en el caso de faltar esos herederos, será el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las instituciones públicas de carácter cultural las que estarán legitimadas para ejercer aquellos derechos, como dispone el art. 16 LPI.”

<sup>958</sup> STS 92/2009, FD3: “el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, y se encuentra sujeto a las limitaciones derivadas de otros derechos fundamentales, en relación con un juicio de proporcionalidad; de las leyes, de acuerdo con los arts. 2.1 y 8 LPDH, cuyos supuestos tienen carácter enunciativo; de los usos sociales, de acuerdo con el que art. 2.1. LPDH; y siempre que la apreciación de las circunstancias, en un juicio de ponderación y proporcionalidad, excluyen la apreciación de la ilicitud o ilegitimidad de la intromisión. La libertad de expresión, reconocida en el art. 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio y 139/2007, de 4 de junio), porque en tanto ésta se refiere a la narración de hechos, la de expresión alude a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones. Comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática” (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c España, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c España). Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental”.

culturales o artísticos en espectáculos, lo que legitima la actuación de los humoristas que realizan imitaciones, pero ello no puede llevarnos a extender tal permisibilidad a otros contextos, sobre todo cuando la imitación, aunque en tono humorístico, se hace dentro de un espacio reservado a la publicidad, pues en tal caso adquiere preponderancia este último aspecto y con ello el respeto al derecho a la propia imagen. En definitiva la capacidad de una persona para imitar a otro no le permite apropiarse de su imagen de un modo ilimitado y para cualquier actividad.”<sup>959</sup>

La precitada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de febrero de 2000 (caso La parodia nacional), fija una serie de criterios que se han de valorar: por una parte, la intención del imitador, esto es, si se trata de un hecho aislado o esporádico, o, por el contrario, tiene una finalidad de explotación comercial de la obra parodiada: “Por lo que se refiere a la valoración de los hechos, una primera consideración que hay que hacer es que la realidad que se trae a enjuiciamiento constituye un hecho aislado: un programa de televisión, de entretenimiento, en el que se interpreta una canción con una letra que no es la suya. No se trata de una nueva creación musical para su explotación y difusión (como podría serlo, por el contrario, la producción de un fonograma). Sino de un hecho esporádico, accidental y episódico como el propio contenido de la letra viene a indicar, puesto que se refiere a personajes de un momento e, incluso, a momentos particulares (boda de Pedro Carrasco y Raquel Mosquera o embarazo de “Rociíto”) de esos personajes, que de vez en cuando aparecen en las páginas de las revistas del corazón.

Desde luego no se aprecia que la intención de las demandadas fuese “explotar” comercialmente la canción *A la lima y al limón* con un propósito definitivo y permanente (...). De manera que ya sea porque la canción emitida no es la misma que aquella canción cuyos derechos ostentan los demandantes como porque su interpretación y emisión no parece encaminada a la explotación, este Tribunal entiende que no se ha infringido el derecho a la explotación regulado en el art. 17 LPI.”

---

<sup>959</sup> Continúa la sentencia, “La interpretación [del concepto de imagen] no se agota en lo que se deja expuesto y en cuanto a que equivale a reproducción visible de figura humana identificada o identificable, pues cabe extender el concepto a otras representaciones de la persona que faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas su reconocibilidad” lo que nos permite preguntarnos si debe incluirse bajo su concepto la figura de la imitación cuando con la misma, por sus características, es posible reconocer perfectamente a la persona a quien se imita.

Es indudable que cuando el imitador no es conocido y pretende, incluso a veces con éxito, confundir a los destinatarios del anuncio de la verdadera persona que participa en el anuncio no existe duda alguna que la conducta debería considerarse como una intromisión ilegítima, mientras que si el imitador es conocido o por el modo en que se difunde o por otras circunstancias, desde un principio, el destinatario del anuncio conoce que no es realmente imitado quien aparece en el anuncio, la cuestión podría ser objeto de discusión, pero si tenemos en cuenta que el imitador se sirve de aquel en el anuncio y toma su figura para hacerlo más atractivo, no vemos motivo para no concederle la protección que le concede la ley, pues se está utilizando su imagen a efectos publicitarios, y no debe olvidarse que “los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos” (Sentencias del Tribunal Constitucional 159/1986, de 12 de diciembre EDJ 1989/159 y 254/1988, de 21 de diciembre EDJ 1988/570, entre otras).”

Otro criterio viene dado por el componente cómico o humorístico, y tal y como recoge la citada SAP: “la emisión realizada por Antena 3 ofrece más visos de una utilización de la canción “A la lima y limón”, con fines de divertimento ocasional en base a una alteración de dicha canción mediante la sustitución de su letra original por otra que, como se ha visto, tiene tintes de humor y de crítica social a unos personajes de la prensa rosa”.

Ahora bien, los criterios recogidos en nuestra jurisprudencia son más bien un marco que sirven para encajar ciertos supuestos, dada la enorme casuística<sup>960</sup>. El uso humorístico de la parodia, además de suponer un límite al derecho de autor recogido en el art. 39 TRLPI, también opera como tal límite al derecho de imagen y al derecho al honor -ex art. 8.2.b) LO 1/1982-, en nuestro caso, de los artistas parodiados. Así las cosas, y aunque la parodia queda enmarcada en el derecho a la libertad de expresión, de ello no se deriva el agotamiento del derecho de los artistas a su derecho al honor y a la propia imagen, más bien al contrario, podríamos decir que estos prevalecen frente a aquél.

## **10.5.- Consentimiento, autorización del uso de la imagen y límites de los derechos fundamentales vinculados a los derechos morales del artista.**

### **10.5.1.- Consentimiento y autorización para el uso de la imagen.**

Hemos señalado con anterioridad, y a lo largo del texto, que los caracteres de los que gozan tanto los derechos morales del artista intérprete del audiovisual, como los derechos recogidos en el art. 18.1 CE referentes a la indisponibilidad por parte del titular de los mismos, presentan unas características comunes. El carácter intrasmisible de los mismos no es unívoco, es mucho mayor en los derechos morales que en los derechos al honor y, sobre todo, a la propia imagen. Además, la impronta personal creativa al ir asociada a la imagen personal del artista, hace que la autorización para su uso a terceros se antoje más compleja.

---

<sup>960</sup> IGARTUA ARREGUI analiza dos casos de la jurisprudencia de Estados Unidos en los que se copia el estilo de actuación de una persona. Por ser, en este tipo de supuestos “en los que los diferentes criterios que los autores han apuntado para decidir la existencia de aprobación de la imagen, puede dar resultados bien diferentes. Por ejemplo, la clasificación tripartita ofrecida por FLECHER y RUBIN usos informativos, usos para entretenimiento y usos explotativos, que sólo sanciona como apropiación la última categoría, encuadraría las conductas contempladas en *Marx* y *Presley* seguramente dentro de la utilización ilícita de la imagen para fines de entretenimiento. El criterio sentido, en cambio, por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso en que se reconoció la existencia del *right of publicity*, de que lo relevante es la cantidad apropiada (allí se trataba de la emisión completa de un programa informativo de la actuación completa del demandante, un hombre bala) apoyaría la solución contraria. El análisis propuesto por SAMUELSON, basado en el estudio de la excepción de *fair use* en tema de derecho de autor, sería, tal vez, más adaptable a los diferentes casos en conflicto. Según esta autora, por ejemplo, los casos citados supondrían una apropiación excesiva de la imagen de los personajes representados, una mera copia de *Presley* y el completo apoderamiento en *Marx*” –IGARTUA ARREGUI, Fernando, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 56 a 58.

Ahora bien, que la imagen presente estas características de indisolubilidad junto con la interpretación no significa que no se pueda autorizar el uso de la misma por terceros porque, entre otras cosas, es uno de los requisitos principales que forma parte del objeto del contrato de interpretación. Sin uso de la imagen no se puede ceder la interpretación, y sin los derechos de propiedad intelectual asociados a la interpretación no se puede introducir la obra en el tráfico jurídico-económico del que forma parte la obra audiovisual. Esa es la razón de ser de la contratación de actores y actrices para que, con sus interpretaciones y el trabajo de un colectivo al servicio de las mismas, se elabore la obra audiovisual. La autorización para el uso de la imagen, por tanto, es un requisito *sine qua non* para producir la obra, sin perjuicio de que la autorización de la fijación de la interpretación conlleve la del uso de la imagen a tales fines, siquiera *ex art. 1258 Cc.*

Dicha tesis, además, se ve abonada por el juego lógico del derecho de autorizar la fijación de la interpretación cuando ésta se realiza en vivo y sin intención originaria de ser grabada en un soporte o sistema audiovisual (art. 106 TRLPI), y también por la previsión del art. 110.1º, *in fine*, del mismo cuerpo legal en cuanto que deriva de la presunción de autorización y transmisión de derechos exclusivos del actor al productor desde el momento que suscribe el contrato de producción.

La LO 1/1982 admite el uso de la imagen propia por terceros bajo la fórmula de que el titular del derecho, o quien ostente la legitimación para su ejercicio y defensa, autorice utilizaciones de la misma sin cuyo consentimiento constituiría una intromisión ilegítima. Dicho consentimiento se ha de otorgar de manera expresa (por escrito o verbal<sup>961</sup>), y dada la índole particular de estos derechos permite que pueda ser revocado en cualquier momento, aunque con la obligación de indemnizar, claro es, los daños y perjuicios que la revocación ocasione al destinatario de la autorización.

Lo anterior se infiere sin esfuerzos de los siguientes preceptos de dicha norma orgánica:

---

<sup>961</sup> STS 1225/2003, de 24 de diciembre, FD1º “Se trata por tanto de un consentimiento [verbal] que ha sido desviado y aprovechado por los demandados, al margen de la autorización del actor del pleito, al rebasarse lo consentido (...), pues ha de concurrir para poder tener en cuenta el hecho excluyente relevante de responsabilidades que el consentimiento se presente expreso. (...) La sentencia de 24 de abril de 2000 resulta puntual al declarar que el consentimiento debe versar sobre la obtención del a imagen y sobre su concreta publicación en un determinado medio de comunicación social”.

Artículo Primero. Tres: *El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley.* Artículo Segundo. Dos: *No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso;* Tres: *El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.*

Es decir, que el carácter de irrenunciable e inalienable del derecho a la propia imagen es perfectamente compatible con la autorización de uso remunerada, sabido su valor comercial, social y jurídico. Tan es así que, no sólo esa opción de utilización consentida opera a modo de límite o excepción de la posible intromisión ilegítima, sino que, además, hace aflorar el contenido económico de un derecho de la personalidad, de eminente contenido moral o espiritual. Por tanto, que el derecho en cuestión sea de esa naturaleza especial no significa que cuando su uso tenga ánimo de lucro o cuando se vulnere mediante una intromisión ilegítima o no consentida, se patrimonializa como en tantos otros supuestos de derechos de la personalidad o de naturaleza moral.

La posibilidad de revocar el consentimiento otorgado para el uso de la imagen prevista en el art. 2.3 LO 1/82, es una facultad reconocida a quien consiente el uso de su imagen, si bien con límites en cuanto a sus efectos. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 117/1994, de 25 de abril<sup>962</sup>, declara que la revocación puede producirse “en cualquier momento (art. 2.3. LO 1/82)”, si bien, dicha prescripción “se refiere al momento de ejercicio de aquélla”, pero “no siempre al tiempo de sus efectos ni por tanto autoriza para que esto se aplique a situaciones pretéritas, trocando retroactivamente en ilegítimas intromisiones antes consentidas”.

---

<sup>962</sup>STC 117/1994, de 25 de abril, “Ciertamente que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afectación a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión voluntaria haya creado. Mas, en esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los efectos de la revocación (prevista en el art. 2.3 de la LO 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio; y corresponde a los Tribunales ordinarios la ponderación de los derechos en conflicto”.

Similar régimen cabe predicarse, asimismo, de los derechos morales del art. 113 TRLPI, a excepción del derecho de paternidad, cuyo contenido no permite tal cesión, aunque sí la indemnización de daños y perjuicios para el caso de vulneración, así como la autorización de algún determinado uso. Por su parte, el derecho de integridad de la interpretación audiovisual y el de autorizar el doblaje en la lengua propia admiten una limitación consentida, el primero, y una autorización, el segundo, amén que en todos los supuestos su vulneración no consentida daría lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

La excepcional “patrimonialización” de tales derechos espirituales, tanto los fundamentales como los morales, además de ser otra característica común, se ve reforzada por el hecho de que el arrepentimiento y revocación del consentimiento, sin justa causa, por parte de su titular o legitimado dará lugar también a una indemnización de daños y perjuicios, incluidas las expectativas justificadas. Así lo previene expresamente el art. Segundo Tres de la LO 1/1982, y también el art. 14.6º TRLPI respecto del derecho moral de arrepentimiento del autor para retirar la autorización (consentimiento) de explotación comercial de una obra por cambio de convicciones. El art. 113 TRLPI no atribuye un derecho de arrepentimiento al artista similar al del art. 14.6º TRLPI, siquiera porque su interpretación se suele integrar en una obra y el artista no tiene dominio sobre la totalidad de la obra sino que sus derechos intelectuales –tanto patrimoniales como morales- se proyectan tan solo sobre su interpretación. Ahora bien, cabría plantearse si la singularidad de la interpretación audiovisual, que lleva inherente la imagen personal del artista, sin embargo, autorizaría a solicitar la retirada de la misma (arrepentimiento) por la vía del derecho a la propia imagen (*ex art. Segundo. Tres de la LO 1/1982*), prueba de que la relación entre tales atributos de la personalidad y su creación en ocasiones como la señalada han de seguir igual suerte, cubriendo en unos casos, de facto, las carencias de unos derechos los otros y viceversa, por más que su naturaleza, objeto y finalidad sea diferente.

Si bien, planteada con carácter de hipótesis, la posibilidad de que la revocabilidad esencial del consentimiento seguiría vigente, aún cuando se hubieran transmitido los derechos exclusivos de explotación sobre la interpretación al productor. De manera tal que, podría llegar a afirmarse que los artistas gozan por virtud de la LO 1/1982 de un derecho más eficaz incluso que los derechos morales de propiedad intelectual, y de traza o estructura semejante al derecho moral del autor a la retirada de la obra por cambio de convicciones morales o intelectuales, derecho este que se halla regulado y protegido por la LO 1/1982, y que, dada su naturaleza, debería sobreponerse a los derechos de propiedad intelectual adquiridos por el productor y terceros a través de negocios jurídicos en el tráfico comercial. Obviamente, sujeto a las condiciones previstas en el número 3



del art. 2 de la LO 1/1982. Ahora bien, entendemos que tendrían que ser los tribunales quienes realicen la valoración sobre la posible colisión entre el derecho fundamental de los artistas audiovisuales con los derechos del productor y del resto de titulares de derechos que llevarían aparejada la retirada del comercio de la obra audiovisual.

#### **10.5.2.- Prácticas contractuales y derecho de imagen del artista.**

Si bien es cierto que la finalidad económica objetiva de los contratos de producción audiovisual se frustraría en caso de entenderse que es necesario otro consentimiento adicional y distinto al otorgado por medio de dicho contrato para la explotación de la imagen del actor, consentimiento que debe considerarse implícito en la firma del propio contrato de producción audiovisual aunque guarde silencio sobre este punto, no es menos cierto que no hay una ausencia en dicho negocio jurídico del consentimiento al que se refiere el art. 2.2 de la LO 1/1982. Es decir: ese necesario consentimiento se debe entender implícitamente otorgado por la mera firma del contrato de producción audiovisual, por más que el mismo no lo mencione. Sin embargo, tal autorización se presenta necesaria cuando se pretende utilizar la imagen con otros fines distintos (tales como los publicitarios, tanto de la obra como de otros que no guardan relación con la misma), para cuyo uso es necesario el previo y explícito consentimiento de los artistas.

La esencial vinculación y relación entre el derecho a la propia imagen y las facultades morales o patrimoniales que albergan los derechos de propiedad intelectual, adquiere especial relevancia en el caso de las interpretaciones audiovisuales protagonizadas por los actores, ya no sólo por la natural unidad de destino indisoluble que constituyen ambos elementos, sino por la forma de ejercicio de los mismos en la fase de producción de las obras audiovisuales. En efecto, parte de los problemas apuntados más arriba son herederos de las prácticas contractuales que se han implantado en la industria audiovisual, prácticamente, en todo el mundo y por influencia de la norteamericana. En el contrato de producción audiovisual el actor, como ya hemos dicho, autoriza inexorablemente el uso de su imagen al productor por las razones obvias ya apuntadas, pero tal consentimiento, a su vez, no suele quedar circunscrita a la naturaleza y objeto propio de la interpretación y de la explotación de la obra audiovisual resultante, sino que abarca a multitud de efectos y supuestos que, en muchos casos, no tienen nada que ver con la norma explotación de la interpretación o de la obra audiovisual. Nos referimos a cláusulas denominadas en la práctica de “cesión de derechos de imagen”, que cada día son más utilizadas por las empresas de producción audiovisual.

En este punto se ha de señalar la confusión en torno a la denominación del contrato que tiene por objeto autorizar el uso de la imagen para un fin determinado. Ello se debe a que no es posible la “cesión” del “derecho de la imagen”, sino la autorización de un concreto uso de la misma. El derecho a la propia imagen, como tal, no puede ser “cedido”, ni siquiera en su vertiente patrimonial, porque se trata de un derecho fundamental indisponible que, tal y como ha sido configurado, faculta al titular del derecho a disponer de ciertos usos, pero no del derecho. Siendo así, cuando en la práctica contractual del sector se habla de “cesión del derecho a la imagen” el objeto de tales contratos no es la “cesión” del derecho, sino la autorización u otorgamiento de consentimiento para que un tercero utilice la imagen del titular para un uso concreto que será el delimitado en el contrato.

Por ello, entendemos que sería más correcto hablar de contratos de “cesión de uso de la imagen”, “autorización para el uso de la imagen”, “consentimiento para el uso de la imagen”<sup>963</sup>. “Concesión de un derecho de uso” sería aceptable y consistiría en un derecho de crédito entre el titular de la imagen y el concesionario. Este derecho sería un bien estrictamente patrimonial (como los demás derechos de crédito) y, por tanto, objeto a su vez de un derecho real de propiedad. Por ello cabría traficar con él, creándose un mercado de este tipo de derechos a través de contratos mal llamados de “cesión de derechos de imagen” cuando lo son de venta de derechos de crédito (a usar la imagen de otro –obligación de hacer- y ese otro a no autorizarlo a ningún tercero –obligación de no hacer) que es como se construye en este contexto una exclusiva.

Obviamente, el art. Segundo. Dos de la LO 1/1982 otorga al consentimiento expreso la facultad de considerar lícita la intromisión que, de otra forma, sería ilícita e ilegítima, pero ¿hasta donde puede llegar dicho consentimiento?, ¿el consentimiento ampara cualquier tipo de cesión? Obviamente no. La autorización del uso realizada mediante contrato está no solo sometida a las reglas generales de los contratos (*v.gr.*, los vicios del consentimiento), sino que por encima de ello operan los derechos fundamentales de la persona. Derechos, que la regla es que sean irrenunciables e intransmisibles y la excepción es que el consentimiento sirva de paraguas para

---

<sup>963</sup> Las prácticas contractuales en al materia nos ponen de manifiesto los contenidos que habitualmente suelen recoger las cláusulas de los denominados contratos de “cesión del derecho de imagen” que, sin ánimo exhaustivo, podrían enunciarse de la siguiente manera: a).- “El actor/actriz cede sus derechos de imagen, su fotografía, retrato e imagen física, reproducida o generada por cualquier medio, su biografía, así como expediente profesional, tanto para fines de promoción, explotación y comercialización de la obra audiovisual, como de aquellas otras de las que esta sea obra antecedente, o promoción de la propia actividad genérica de la productora”; b).- “El actor/actriz cede todos sus derechos de imagen asociados a su interpretación audiovisual a la productora y por tiempo indefinido, ya sean de imágenes o fotogramas incluidos en la versión final de la obra o sean obtenidos a lo largo de la grabación de la misma”; c).- “Dentro de la cesión de los derechos de propiedad intelectual citados, se entenderán incluidos los de su imagen, pudiendo la productora disponer de ellos para la obra o para cualesquiera otras que estime por oportunas”; d).- “El artista cede expresamente a la empresa la totalidad de los derechos renunciabiles de propiedad intelectual, industrial y de imagen que pudieran corresponderle por su interpretación...”.

evitar que la norma considere como intromisiones ilícitas o ilegítimas las conductas de terceros de captación de elementos distintivos de los derechos contemplados en el art. 18.1 CE. Por tanto, la autorización a través de contrato (y habría que ver en qué condiciones se realiza la misma, y si la intimidación podría viciar el consentimiento, ya que el artista intérprete está, salvo en contadísimos casos, en situación de inferioridad respecto a la otra parte contratante), ni de otros de igual rango y naturaleza que operan también como límites de los primeros y que, en modo alguno, el consentimiento o la autonomía de la voluntad puede enervar o limitar, máxime cuando trasciende del objeto y naturaleza de la relación contractual que justifica la autorización.

Dentro del tratamiento jurisprudencial que este extremo específico ha recibido, conviene traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, de 4 de octubre de 2002: “Los límites del derecho a la imagen vienen determinados por la propia ley de 5 de mayo de 1982 de una forma mucho más simple que para los derechos al honor y a la intimidad, en que aparecen más confusos. Ante todo, el consentimiento no sólo excluye el concepto de intromisión, sino que implica el ejercicio del derecho a la imagen, consustancial a algunas profesiones, como las de modelo o actor o actriz de cine o teatro (...) La Ley excluye la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho en el caso de un consentimiento expreso otorgado al efecto (hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso), reconociendo así con meridiana claridad que la disposición de la imagen puede ser hecha con una finalidad concreta, para un empleo determinado, regresándose al terreno de la injerencia antijurídica, pese al consentimiento, cuando el uso de la imagen se efectúa por otro fuera de los límites amparados por la autorización, sin que esto impida la validez de un consentimiento indiscriminado e incondicional, que habrá de manifestarse como tal de forma expresa. El consentimiento, en cualquier caso, es revocable (artículo 2, apartado 3, de la Ley EDL 1982/9072). La Ley no ampara sólo el ámbito moral del derecho, sino también otros cualesquiera intereses por los que el titular del derecho quiera preservarlo, incluido el valor patrimonial que para el titular pueda tener (así, la utilización de la imagen de una persona sin su consentimiento para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, aunque del indebido empleo no resulte perjuicio moral de ningún tipo para el titular del derecho)”.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia núm, 5/2008, de 10 de enero, recoge en su Fundamento de Derecho Primero, bajo el epígrafe *1. La afectación de los derechos fundamentales de la demandante*, “La tesis de la recurrente no puede progresar porque, como bien razona el juez de instancia, el hecho de que la Sra. Marcelina haya cedido a un tercero los derechos de su imagen y nombre artístico en relación con dos películas (“Mis locas fantasías” y

“Perversa XXX”) no autoriza a un uso indiscriminado de los fotogramas, ni de las fotografías previas que se hayan podido tomar para su promoción.”

Al margen de las interpretaciones audiovisuales, la STS núm. 1184/2008, de 3 diciembre [RJ 2008\6942], cuyo supuesto de hecho versa sobre la falta de información contractual en lo referente al uso que de su imagen iba a realizar el Ayuntamiento de Santiago de Compostela, arroja buena luz al respecto. La actora prestó su consentimiento por escrito para la captación de su imagen de cara a la promoción en un periódico local del establecimiento "Café Casino", pero la misma fue finalmente destinada, sin su conocimiento ni su consentimiento, a la promoción del Plan de Excelencia Turística de la ciudad de Santiago de Compostela, apareciendo su imagen inserta en carteles publicitarios y en folletos informativos que fueron distribuidos a los vecinos de la ciudad. La sentencia, en su FD Segundo<sup>964</sup>, considera que la falta de información en la

---

<sup>964</sup> Por su interés se reproduce a continuación:

“En lo que ahora interesa, este derecho de la personalidad, que goza de las mismas notas de irrenunciabilidad e inalienabilidad que el resto, sólo puede limitarse por el propio titular, consintiendo la divulgación de su propia imagen, o por la ley, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público -artículo 8.2 de la Ley 1/82 -.

Sentadas las premisas jurisprudenciales que preceden y abordando ya el primero de los motivos en que se articula el presente recurso de casación, en el que se suscita por el recurrente el ámbito del consentimiento en materia de derecho a la propia imagen, conviene comenzar señalando que el presupuesto fáctico de que ha de partirse para la resolución de la controversia ha de ser necesariamente el tomado en consideración en la Sentencia recurrida, a saber, primero, que la demandante fue informada en el momento de realizarse las fotografías, de que éstas no iban a publicitarse sólo en un periódico local, sino que su exhibición iba a ser mayor, por quedar afectas al Plan de Excelencia Turística reseñado; y, segundo, que no quedó acreditado con plenitud que se informase exactamente a la actora de todos los soportes y formas en que su imagen iba a ser expuesta. Así pues huelgan en esta sede las consideraciones, como las vertidas en el escrito de interposición del recurso, sobre los distintos aspectos que abarcaba el consentimiento prestado, por cuanto lo mismo supone cuestionar la base fáctica de la resolución impugnada, incurriéndose en el defecto casacional de hacer supuesto de la cuestión, cuando se pretende variar la apreciación que de los hechos se hace en la sentencia recurrida o partir de datos fácticos diferentes de los fijados o tenidos en cuenta en la resolución objeto del recurso, cual acontece en el caso de autos cuando se pretende ahora tener por cierto que el consentimiento de la recurrida abarcaba también el de los medios en los que su imagen se publicaría.

Entrando ya a examinar el requisito del consentimiento que exige el artículo 2.2 de la Ley 1/82 para descartar la existencia de intromisión ilegítima, reitera la jurisprudencia, entre otras en la Sentencia de 25 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10274), con cita de la de 25 de enero de igual año (RJ 2002, 31), que ‘no es necesario que se otorgue por escrito, y que puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas’. Por su parte la Sentencia de 24 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 138), señala que ‘ha de concurrir para poder tener en cuenta el hecho excluyente relevante de responsabilidades que el consentimiento se presente expreso, lo que implica haber alcanzado del autorizante pleno conocimiento del destino de la fotografía, por haber mediado información previa suficiente’. Por último, la Sentencia de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 830), recuerda que ‘la falta de prueba sobre la existencia o no del consentimiento hubiera debido llevar a la Audiencia a la conclusión de que éste no concurrió, ya que el consentimiento presunto no elimina la intromisión; además, este consentimiento no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada concreto acto de intromisión, según se desprende de los artículos 2.2 y 8.1 LO 1/1982, lo que deriva del carácter irrenunciable que tiene este derecho, según lo dispuesto en el artículo 1.3 LO 1/1982’.

Pues bien, desde las premisas fácticas antes expuestas, que ya se dijo son inamovibles en casación, han de confirmarse los pronunciamientos contenidos en la resolución recurrida en orden a entender concurrente una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la actora. En primer lugar, se trata de una persona que, por haberse acreditado su puntual dedicación a la exhibición de su imagen (no era modelo profesional), lo que obviamente se tradujo en la menor contraprestación económica que percibió por su trabajo, se presupone no estaba acostumbrada a negociar sobre ese bien de la personalidad. Y, aun cuando pudiera tenerse por cierto, como hizo la Audiencia, que la misma fue informada de que el destino de las fotografías tomadas era la divulgación del Plan de Excelencia Turística de la ciudad de Santiago de Compostela, la falta de acreditación en autos de haberse informado exactamente a la demandante de los soportes y formas en que su imagen iba a ser expuesta (y recuérdese al respecto que no se procuró información escrita alguna a la fotografiada ni se suscribió con ella contrato escrito alguno) es determinante a los fines de apreciar la existencia de intromisión ilegítima. No se trata en definitiva, como pretende catalogarlos el recurrente, de simples incumplimientos contractuales, de tal suerte que no pueden extrapolarse al presente caso los argumentos vertidos por esta Sala en la Sentencia de 20 de abril de 2001, que esgrime el recurrente. En esa Sentencia, ciertamente, se conceptúan determinadas circunstancias que se pretendían atentatorias al derecho a la propia imagen (por ejemplo, la determinación de las fotografías concretas que habrían de ocupar posición de portada en una revista) como simples incumplimientos contractuales en

prestación del consentimiento convierte la intromisión en ilegítima ya que dicho consentimiento carecería de validez al ser prestado para una determinada acción publicitaria y es alterado y transformado por el cesionario en otras muchas. Precisando, “Pues bien, en el caso que nos ocupa, la falta de información sobre el alcance mismo de que iba a gozar la difusión de la imagen captada atañe al núcleo esencial del derecho fundamental”.

La reciente Sentencia núm. 219/2014, del 8 de mayo, del pleno de la sala 1ª del Tribunal Supremo, en un supuesto en el que la imagen y nombre del demandante “no se utilizó en el periódico para dar a conocer el cierre de la gira del artista sino a los solos fines de promocionar y dar publicidad a un periódico de nuevo lanzamiento” declaró la “intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del codemandante por el uso no consentido de la misma en una campaña publicitaria pues la finalidad era promocionar el lanzamiento del nuevo periódico y obtener un beneficio económico, no existiendo el propósito de informar”.

Es decir, las cláusulas de los contratos a través de los cuales se autoriza el uso de la imagen vinculadas a los contratos de los artistas intérpretes no pueden obligar a estos a autorizar dicho uso más allá que lo que la imagen requiera para la llevanza a buen fin de la cesión de los derechos de propiedad intelectual de los que es titular. Todo lo demás, sería un uso ilegítimo en aras a la utilización de la imagen para supuestos a los que no puede abarcar el conocimiento del artista, ya que, ni se especifica en el contrato ni son objeto del mismo. Pero es más, la autorización ilimitada del mismo conllevaría, como se ha apuntado, la imposibilidad de su ejercicio por la propia persona perdiendo la libertad, además de los ya citados del art. 18.1 CE. Extremo de todo punto incompatible con nuestro sistema de fuentes del ordenamiento jurídico.

---

la medida en que las mismas ‘no afecta al bien jurídico protegido sino a las normas que regulan la obligatoriedad de los pactos establecidos libremente por las partes en los contratos entre ellos celebrados y las que calibran las consecuencias de su incumplimiento, materia esta que no puede ventilarse en este procedimiento especial, establecida por razón de la materia litigiosa, seguidos por los trámites de los juicios incidentales en razón a restablecer con prontitud el derecho lesionado, atendiendo así de una forma rápida a esta clase de reclamaciones’. Y añade ‘se refieren a relaciones meramente patrimoniales de exclusivo contenido económico nacidas de la relación contractual’.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la falta de información sobre el alcance mismo de que iba a gozar la difusión de la imagen captada atañe al núcleo esencial del derecho fundamental, en la misma línea que han sentado otras Sentencias de esta Sala, así las de 10 de octubre de 1994 y 12 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9603), que resuelven supuestos en que medió asenso inicial para fotografiar la imagen pero no así para su reproducción y publicación, en consonancia con las dictadas por el Tribunal Constitucional 156/2001 (RTC 2001, 156) y 14/2003 (RTC 2003, 14), y más concretamente, la de 24 de abril de 2000 (RJ 2000, 2673) que declara que ‘el consentimiento debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre su concreta publicación en un determinado medio de comunicación social’, y la de 18 de julio de 1998 (RJ 1998, 627), que señala que ‘no es menos indudable que el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía cuestionada’, ambas citadas en la de 24 de diciembre de 2003. Por todas las razones hasta aquí expuestas, el motivo debe ser desestimado”.

### **10.5.3.- Límites a los derechos fundamentales concernidos.**

El Preámbulo de la LO 1/1982, de 5 de mayo, como no podía ser de otra manera, proclama categóricamente que los derechos protegidos en la ley “no pueden considerarse absolutamente ilimitados”. Circunstancia lógica, por demás, que argumenta de la siguiente manera: “en primer lugar, los imperativos del interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas ilegítimas. De otro lado, tampoco tendrán este carácter las consentidas por el propio interesado, posibilidad ésta que no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos pues ese consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran”.

Sobre la autorización o utilización consentida de la propia imagen ya hemos hablado en el epígrafe anterior (art. Segundo. Dos y Tres, de la LO 1/1982). La dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, esto es, el interés de la persona de evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización, nos lleva a constatar que se trata de un derecho delimitado por la propia voluntad de su titular, que es quien decide si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. “Lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima”<sup>965</sup>.

Si los derechos fundamentales del art. 18 CE, como cualesquiera otros, no son absolutos, sino que cuentan con límites, cae por su peso que los derechos morales del art. 113 TRLPI también conocen de límites. A ellos ya nos hemos referido en particular *ut supra*, por lo que ahora son traídos a colación a los solos efectos de establecer otra relación de analogía entre unos y otros derechos.

## **11.- CONCLUSIONES EN TORNO A LOS DERECHOS MORALES DEL ARTISTA SOBRE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES.**

De cuanto antecede podemos establecer las siguientes conclusiones específicas en torno a los derechos o facultades de naturaleza moral de los artistas (actores y bailarines, principalmente)

---

<sup>965</sup> STC 14/2003, de 30 de enero.

sobre sus interpretaciones fijadas en un soporte o sistema audiovisual y, por tanto, que constituyan una interpretación audiovisual:

- 1ª.- Que los artistas titulares originarios de sus interpretaciones audiovisuales, por el hecho de ser creadores intelectuales de las mismas, gozan *ex art.* 113 TRLPI de facultades morales similares a las que el art. 14 TRLPI atribuye a los autores nominales sobre sus obras. Y ello es así, entre otras razones, porque de entre todas las categorías de titulares de derechos de propiedad intelectual tan sólo los autores y los artistas aportan creación intelectual y rasgos de su personalidad en las obras o prestaciones que generan.
- 2ª.- Que, no obstante la gran tradición jurídica y legislativa española en la materia, las facultades morales se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico a partir de la LPI de 1987, tanto respecto de autores como de artistas, si bien en este último caso será la Ley 23/2006 la que les dote de una configuración actual y más coherente con su naturaleza.
- 3ª.- Que el nivel de protección moral o espiritual que ofrece el art. 113 TRLPI a los artistas de las interpretaciones audiovisuales (paternidad e integridad) es inferior al que el art. 14 del mismo cuerpo legal ofrece a los autores de las obras. Diferencias de nivel que se acreditan tanto por el número de facultades (inferior en el art. 113 TRLPI), como en los límites y excepciones a las que se someten las facultades morales para la defensa de la integridad de la interpretación audiovisual, y que no operan en igual grado respecto de la misma facultad en el art. 14 TRLPI.
- 4ª.- Otra diferencia, que lo es en general, entre los derechos morales del autor y del artista radica, básicamente y una vez más, en el objeto de protección: la obra respecto del autor y la interpretación –que puede integrarse o no en dicha obra- respecto del artista.
- 5ª.- Junto a tales diferencias y similitudes, el art. 113 TRLPI, a modo de novedad desde 1987 y de excepción respecto de otras legislaciones nacionales, atribuye exclusivamente al actor una facultad específica de autorizar el doblaje de sus actuación en su propia lengua, durante toda su vida.
- 6ª.- De otro lado, y como no podía ser de otra manera, el derecho moral del artista, aún con la configuración propia descrita, participa de las características y responde a la misma naturaleza inherente a los derechos morales reconocidos a favor del autor.

- 7<sup>a</sup>.- Que la relación existente entre los derechos morales y los fundamentales se muestra más intensa en el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes de las interpretaciones audiovisuales, porque éstos desarrollan su actividad creativa incluyendo en sus obras el elemento personal del que irradian los derechos al honor y a la propia imagen.
- 8<sup>a</sup>.- Que si bien los derechos de la personalidad tienen por objeto la protección de la persona en cuanto ente jurídico, y los derechos morales tienen como objeto la protección de la creación intelectual y de la persona del intérprete en cuanto creador artístico, en el caso de los artistas intérpretes la interrelación entre ambos encuentran lugares comunes en determinados actos de explotación, en los que concurren dentro de un campo de actuación conjunta.
- 9<sup>a</sup>.- Que los artistas intérpretes gozan de una protección superior a los ciudadanos no artistas porque suman a la protección de unos derechos que protegen su honor y su propia imagen, recogidos en el art. 18 CE y en la LO 1/82, la de los derechos morales del art. 113 TRLPI. Y ello por cuanto se trata de derechos que se complementan otorgando a los artistas intérpretes un *plus* de protección, tanto desde la perspectiva de artista, como desde su cualidad de persona. Además, dicha protección constitucional hace primar el derecho fundamental del artista sobre el que tenga cualquier tercero cesionario de sus derechos de artista.
- 10<sup>a</sup>.- Que en la relación entre el derecho moral a la integridad y el derecho al honor, hemos visto que hay supuestos en los que se produce una vulneración de derechos fundamentales y, sin embargo, no se está afectando al derecho moral (supuestos en los que la obra se comunica públicamente descontextualizada, pero sin alteración de contenido). En cambio, la redacción del art. 113 TRLPI vincula la infracción del derecho moral a que se produzca un menoscabo del prestigio o reputación del artista, siendo esta una protección más débil que la que el art. 14.4 TRLPI concede a los autores, en tanto en cuanto dicho precepto faculta al autor a impedir cualquier modificación de su obra cuando suponga “perjuicio a sus legítimos intereses” sin limitar dicha facultad a que la modificación suponga un menoscabo a su reputación.
- 11<sup>a</sup>.- Que en la relación entre el derecho de paternidad y el derecho al honor, es evidente su identidad teleológica, en cuanto protector del prestigio profesional como del derecho moral a la integridad y a la paternidad sobre cualquier creación.



**12ª.-** Que dado que la imagen física, la voz y el nombre son puestos al servicio de la interpretación, y es en ella donde pueden verse vulnerados los derechos de los artistas por su utilización in consentida o extralimitada, el plus de protección a los artistas viene dado en cuanto que los usos no consentidos de su imagen pueden suponer la vulneración de derechos morales y/o a la propia imagen. De las resoluciones judiciales cabe deducir, al menos, que si bien no cabe hablar de protección constitucional del uso no autorizado de la “imagen escénica” (imagen del personaje), sí cabe tratar su protección en el ámbito civil, considerándose intromisiones ilegítimas su uso no consentido por el actor. Dicho *plus* protector se justifica sobradamente en el hecho mismo de amparar elementos o atributos idénticos (imagen, voz y nombre), pero desde ámbitos diferentes, al concurrir sobre un mismo soporte o sistema audiovisual.

**13ª.-** En lo que se refiere a la perduración de tales derechos a la muerte del titular, si bien mientras el derecho a la imagen, en su vertiente de derecho fundamental, se extingue con la persona, en cambio, su vertiente patrimonial, en cuanto a la explotación comercial de la misma, se establece un régimen de legitimación *mortis causa*.

**14ª.-** Que el uso humorístico de obras e imágenes de personas está amparado, desde el ámbito de la propiedad intelectual, por el límite al derecho de transformación del autor (art. 39 TRLPI) y, desde el ámbito de la protección del derecho a la imagen, por el art. 8.2.b) LO 1/1982. Si bien tales usos están sujetos a ciertos límites que legal y jurisprudencialmente se han venido definiendo; y, desde el punto de vista de la protección constitucional, están restringidos a las limitaciones derivadas de los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen de los parodiados; exigiendo que la caricatura se adecue al “uso jocoso o burlón cuando el llamado *animus iocandi* se utiliza “precisamente como instrumento de escarnio”.

## ***CAPÍTULO VII***

### **EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SOBRE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES: LA GESTIÓN COLECTIVA.**

#### **1.- INTRODUCCIÓN SOBRE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS Y SU FORMA DE EJERCICIO EN GENERAL.**

La especialidad del objeto o bien jurídico protegido por los derechos patrimoniales de propiedad intelectual determina, asimismo, una forma de ejercicio y desarrollo práctico también singular con el fin de que alcancen la eficacia necesaria. La utilización y explotación masiva y global de las interpretaciones audiovisuales obliga a dotar a los derechos que las amparan de mecanismos de ejercicio eficaces para evitar el vacío de contenido de tales derechos en la práctica.

De ahí que los derechos patrimoniales sobre interpretaciones audiovisuales, tanto en nuestra legislación nacional como en las foráneas, suelen adoptar la forma de ejercicio de los derechos de remuneración que, a su vez, se configuran como de gestión colectiva, ya sea obligatoria (como es el caso español) o voluntaria (en otras legislaciones). Cuando los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones audiovisuales adoptan la forma de ejercicio propia de los derechos exclusivos, ya se ha dicho, su forma idónea de ejercicio es la individual, si bien también voluntariamente y bajo mandato se puede encomendar su ejercicio a una entidad de gestión, en cuyo caso la gestión, de ser colectiva, será voluntaria.

Y en relación con los derechos o facultades de contenido moral, por su propia naturaleza, la forma de ejercicio idónea es la individual, tal cual prevén todas las legislaciones que los contemplan, y, en todo caso, como mucho admitirían la gestión colectiva voluntaria a través de una entidad de gestión y mediante mandato, esto es, sin las prerrogativas propias que, *v.gr.*, nuestra legislación atribuye a la gestión colectiva obligatoria.

La gestión colectiva de los derechos patrimoniales sobre las interpretaciones audiovisuales en España se lleva a cabo a través de una de las ocho entidades de gestión autorizadas por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, esto es, por AISGE (*Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión*), desde 1990. Dicha entidad, amén de su carácter solidario y formativo desarrollado a

través de la Fundación AISGE, ha llevado los principios de transparencia, rigor y eficacia hasta sus últimas consecuencias. Por tanto, tendremos que acudir en reiteradas ocasiones y a lo largo del presente Capítulo a las normas, procesos y mecanismos de gestión específicos desarrollados por AISGE, al ser ésta la entidad que, como hemos dicho, administra los derechos que sobre las interpretaciones audiovisuales atribuye la legislación española a los artistas creadores de las mismas.

Lo anterior no obsta, sin embargo, para acudir y abundar necesariamente en el marco general que de la gestión colectiva establece el TRLPI en su Libro III, Título IV (arts. 147 a 159), pues hoy es incuestionable que el sistema de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual ha contribuido de manera decisiva para que los mismos alcancen toda su eficacia y virtualidad. Premisa fundamental, en todo caso, que nos orientará a reivindicar la gestión colectiva como herramienta fundamental del sistema de protección especial que representa el derecho de autor y, al tiempo, rescatar el verdadero sentido de dicha forma de administración tras la fase de extraordinaria confusión que se está viviendo en el ámbito de los derechos intelectuales y de su forma privilegiada de ejercicio.

Los derechos que las legislaciones nacionales o los tratados internacionales atribuyen a las personas, en cuanto que sujetos de derechos por excelencia, no cumplirían sus objetivos de restablecer la equidad y la justicia en las relaciones jurídicas si no cuentan con un mecanismo eficaz de ejercicio o de aplicabilidad práctica, real y efectiva. De nada sirve que la Constitución de un Estado o que los tratados internacionales reconozcan un elenco de derechos fundamentales a cualquier ciudadano si luego el Estado no establece mecanismos eficaces para hacer valer tales derechos. Y si eso es así a nivel general, también es incuestionable que el sistema de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual ha contribuido de manera decisiva para que los mismos alcancen toda su eficacia y virtualidad.

Bien entendida la gestión colectiva, en efecto, su esencia se desprende de la necesidad de dotar a los derechos intelectuales de su máxima eficacia, al tiempo que las entidades de gestión administran derechos ajenos. Luego, la gestión colectiva idónea consiste en hallar la mayor eficacia de los derechos en el tráfico jurídico sin dañar con ello derechos ajenos, incluidos en este grupo los propios que son objeto de gestión. La buena fe y el ejercicio no abusivo del derecho son principios informadores de todo ordenamiento jurídico, y lo han sido también de la gestión colectiva que nos disponemos a desglosar.

De los tres intereses concurrentes en la gestión colectiva (el del titular del derecho, el de la entidad de gestión y el de los gestores o dirigentes de tales entidades) es obvio que prevalece, incluso como razón de ser de la propia gestión colectiva, el de los titulares de los derechos. No deberían existir siquiera conflictos entre esos tres intereses concurrentes, pues todos los esfuerzos y objetivos se han de dirigir a servir en la mejor forma posible el bien jurídico protegido: los derechos de los titulares.

Para lograr tal fin, los principios de justicia o equidad, transparencia, eficacia y solidaridad deben presidir todas las fases de la gestión colectiva, tanto la de fijación y negociación de las tarifas generales (recaudación), como la distribución de los derechos o regalías entre los titulares que generaron tal recaudación. Esa es la esencia concreta de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, y tal esencia no debería faltar si se quiere afrontar la verdadera gestión colectiva.

Por tanto, la gestión colectiva que predicamos como necesaria y positiva para el interés general de la sociedad civil y para el particular de los creadores no es otra que la gestión absolutamente equitativa, transparente, eficaz, rigurosa, moderna y solidaria. Cualquier otro modelo que no goce de esas características esenciales carecería de legitimación jurídica y moral, toda vez que se acercaría al fraude de ley o a la sospecha permanente de opacidad con fines poco éticos o, en todo caso, incompatibles con el sentido y fundamento de un régimen especial de gestión que se justifica en el logro de la eficacia de los derechos de los creadores – es decir, en su beneficio- y en la consecución de un incentivo económico para que aquéllos, con su esfuerzo y talento, continúen aportando valor añadido al acervo cultural de cada pueblo y a la humanidad.

En efecto, la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual persigue la eficacia real de los mismos y se trata de que el titular del derecho pueda obtener los rendimientos económicos que se generen por el uso de las obras o creaciones amparadas por tales derechos. Ahora bien, el principal requisito para que la gestión colectiva alcance su objetivo de eficacia y virtualidad es la transparencia de todo punto esencial en la gestión de negocios, intereses o derechos ajenos, considerando como básico que la diligencia en la administración de lo ajeno ha de ser igual o superior a la exigida para gestionar lo propio. A la transparencia de la gestión colectiva le dedicaremos buena parte de este Capítulo, dado su carácter transversal y fundamental.

De otro lado, también destacaremos desde el primer momento que, no obstante la irrupción de las tecnologías digitales y de hallarnos inmersos en la era de Internet y de la globalización en la

producción y explotación de contenidos creativos protegidos por el Derecho de autor, los principios y fundamentos que siempre dieron sentido al sistema de protección de la propiedad intelectual siguen vigentes, e incluso más necesarios que nunca. Consecuentemente, podemos afirmar que la gestión colectiva de los derechos en el ámbito digital y globalizado es más necesaria que nunca para que los derechos de los creadores puedan seguir alcanzando la eficacia deseada en un entorno más complejo y, por tanto, con mayores dificultades para su ejercicio individual.

Afortunadamente, aunque no con el alcance deseado, tanto en el ámbito internacional como en el regional y nacional, durante los últimos años se ha observado un incremento notable del interés, sensibilidad, e incluso preocupación, del legislador en relación con las formas de ejercicio o gestión y administración de los derechos intelectuales. Tal vez el advenimiento de las tecnologías digitales y el impacto o cambio de orientación que las mismas están produciendo sobre determinados aspectos relacionados con el ejercicio de tan peculiares derechos haya sido el detonante que ha hecho reconsiderar la cuestión, a un nivel similar que el efecto producido por el desarrollo de las tecnologías analógicas en épocas pretéritas, dado que, como la Historia ha puesto de manifiesto, siempre que se presentan nuevas formas de creación, almacenamiento, comunicación y/o de explotación, surge el problema de las formas de ejercicio<sup>966</sup>.

Si una adecuada forma de ejercicio de cada derecho intelectual resulta determinante para que el mismo alcance la protección eficaz deseada, es evidente que el establecimiento de formas de ejercicio eficaces y equilibradas (respecto de todos los intereses en juego) no sólo refuerzan y dan sentido al fundamento que sostiene a la propiedad intelectual (el incentivo al creador), sino que, además, harán desplegar a los derechos de esta naturaleza su verdadero sentido y función social y cultural. En efecto, el eficaz desarrollo de los derechos intelectuales determinará un mayor desarrollo cultural y una potenciación del progreso humano, ya que, con el apoyo de fórmulas de ejercicio coherentes y prácticas, el ciudadano podrá disfrutar en mayor grado de las creaciones del intelecto y ello repercutirá en términos de desarrollo cultural e intelectual, en definitiva, de progreso para la humanidad.

---

<sup>966</sup> Como sucediera con la invención del fonograma o el videograma o la cinta de celuloide, que no sólo permitían nuevas formas de creación intelectual sino que, además, unidos a los avances en sistemas de comunicación, como la radio y la televisión, ofrecieron nuevas formas de difusión y explotación de tales creaciones, de modo que hubo que establecer nuevas formas de ejercicio (v.gr., la gestión colectiva) y mecanismos de transferencia (v.gr., el régimen de presunciones en combinación con derechos de remuneración) de los derechos a fin de satisfacer los intereses en juego (los de los creadores, explotadores y consumidores) ante las nuevas posibilidades de explotación en masa que ofrecían aquellos avances tecnológicos.

En el ámbito de las legislaciones regionales, la Directiva de la Unión Europea (2014/26/UE) sobre gestión colectiva conecta en gran medida con los principios, objetivos y valores que predicamos, de ahí que a su análisis dedicaremos también una buena parte del Capítulo. Con especial interés conviene destacar desde el principio, no obstante, el énfasis que la Directiva pone en la transparencia y buen gobierno de las entidades de gestión, en plena sintonía con el nuevo marco de la gestión colectiva que sugerimos para el actual contexto.

Con todo y finalmente, la protección real y eficaz de los derechos intelectuales no queda satisfecha con el establecimiento de normas de cualesquiera ámbitos (nacionales, regionales o internacionales) y naturaleza (civil, penal, mercantil, etc.) que regulen su contenido, sino que es preciso prever y desarrollar el mecanismo de ejercicio y transmisión que cada derecho, en función de su naturaleza y desarrollo práctico, exija en orden a que pueda desplegar todos sus efectos. Por tanto, se hace imprescindible indagar desde el inicio, siquiera con carácter básico, previo y general, la oportuna forma de ejercicio de cada uno de los derechos de propiedad susceptibles de ser atribuidos a los creadores, lo cual nos lleva en primer término a estudiar la naturaleza de cada uno de esos derechos y, posteriormente, como consecuencia de lo anterior, determinar qué derecho puede ser ejercitado en una u otra forma (individual o colectiva).

## **2.- FORMA DE EJERCICIO JURÍDICA E IDÓNEA DE CADA MODALIDAD DE DERECHO.**

### **2.1.- La naturaleza de cada derecho y su forma de ejercicio.**

La naturaleza, contenido y facultades inherentes a cada derecho de explotación en función de la categoría en la que se enmarque, exclusivo o de remuneración<sup>967</sup>, así como las distintas formas de explotación de las obras o creaciones amparadas por tales derechos, nos permiten identificar la modalidad idónea o más adecuada para su ejercicio -individual en el caso de los derechos exclusivos de autorizar<sup>968</sup> (cuando las circunstancias del uso o explotación lo permitan), o

---

<sup>967</sup> *Vid.* epígrafe 1 del Capítulo IV, sobre la clasificación de los derechos de explotación en derechos exclusivos y de remuneración.

<sup>968</sup> Así, los derechos intelectuales de naturaleza exclusiva y de ejercicio individual suelen ejercitarse en un momento próximo al de la creación. En algunos casos, el momento del ejercicio del derecho es, incluso, anterior -así sucede, por ejemplo, respecto de los artistas intérpretes, en cuyo contrato de interpretación, que precede a la prestación de sus servicios, se establecen las cláusulas de cesión correspondientes, o, igualmente, respecto de los autores de una obra audiovisual. En otros casos, por el contrario, el ejercicio de los derechos exclusivos tiene lugar inmediatamente después del acto creativo, cual acontece con el autor literario, compositor musical, etc.. De ahí que, consumado el negocio jurídico correspondiente, cesión o transmisión temporal o definitiva,

colectiva en el caso de los derechos de remuneración, e incluso de los exclusivos en aquellos casos en los que la explotación masiva y geográficamente dispersa de las obras así lo aconsejen.

En definitiva, podemos distinguir las siguientes modalidades de ejercicio de los derechos intelectuales: la individual y la colectiva, si bien la colectiva puede ser, a su vez, voluntaria u obligatoria.

## **2.2.- Principales modalidades de ejercicio de los derechos de propiedad intelectual.**

### **2.2.1.- Ejercicio individual.**

Como ya hemos indicado, el TRLPI atribuye al autor/artista la posibilidad de negociar y transmitir determinados derechos intelectuales, mediante pacto particular, a un tercero (productor, editor, etc.). Dicha forma de ejercicio no constituye especialidad alguna respecto de la forma tradicional de ejercer los derechos subjetivos de carácter individual, excepción hecha de algunas limitaciones y exigencias formales que algunas legislaciones prescriben, amén del límite temporal consustancial a todo derecho intelectual de contenido patrimonial. Tal modalidad de ejercicio viene justificada en aquellos supuestos en los que el creador y/o titular del derecho intelectual tiene la posibilidad de negociar directamente con el cesionario las condiciones de ejercicio y/o explotación. En definitiva, los derechos intelectuales de explotación de carácter exclusivo, como cualquier otro derecho subjetivo, presentan la vocación de ser ejercitados de modo directo e individual por su titular. Siempre que sea factible la norma ha de priorizar esta forma de ejercicio<sup>969</sup>.

Las legislaciones nacionales, y la nuestra no es una excepción, suelen contemplar los siguientes supuestos de ejercicio individual de los derechos exclusivos de autorizar determinadas formas de explotación:

---

los derechos que han sido objeto de disposición pierden actualidad e importancia con el paso del tiempo. Sin embargo, tratándose de derechos de remuneración, sometidos a un régimen de gestión colectiva, el efecto es distinto: los rendimientos de los derechos gestionados de esta forma suelen proyectarse sobre un largo período de tiempo, de suerte que cada vez que tiene lugar un acto de explotación se genera un rendimiento económico o un devengo del derecho, que se administra bajo las condiciones y características propias de la gestión colectiva.

<sup>969</sup> En este sentido la OMPI mantiene que: "un derecho exclusivo puede disfrutarse, en la medida más plena, si su titular puede ejercerlo por sí mismo individualmente. De ese modo, el titular del derecho conserva el control de la difusión de su obra, puede adoptar decisiones personalmente sobre las condiciones económicas de su explotación, y también puede controlar el debido respeto de sus derechos", Documento OMPI/MCR/SEV/97/INF. 1, pág. 2, pár. 2.

1. derecho exclusivo de autorizar la fijación de las interpretaciones artísticas en vivo o no fijadas en cualquier soporte, medio o sistema.
2. derecho exclusivo de autorizar la reproducción de las interpretaciones artísticas fijadas.
3. derecho exclusivo de autorizar la distribución bajo las formas de venta, alquiler y préstamo de las interpretaciones artísticas fijadas.
4. derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público de las interpretaciones artísticas.
5. derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones fijadas<sup>970</sup>.

En el caso particular de los derechos exclusivos de autorizar que el TRLPI atribuye a los artistas titulares originarios de las interpretaciones audiovisuales, conviene recordar que su ejercicio es presuntivo, pues conforme al art. 110 TRLPI, si la interpretación o ejecución generadora del derecho se presta en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, el empresario o arrendatario (generalmente el productor) adquiere, automáticamente y salvo pacto en contrario, *los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato*.

Tal régimen de ejercicio también lo contempla el TRLPI respecto de los derechos exclusivos de los autores de la obra audiovisual en sus arts. 88, 89 y 90, y lo hace bajo el mismo fundamento de favorecimiento de la comercialización de tales obras por parte del productor y de la seguridad jurídica que precisa el usuario de las mismas. Similar régimen, con matices, cabe predicar respecto de tales derechos exclusivos de los compositores o autores musicales, cuando tales obras se integran en obras sonoras, en fonogramas o en grabaciones audiovisuales, pues entre el productor y el editor de dicha obra o composición musical adquieren los derechos exclusivos y son ellos, no los autores, quienes los ejercitan individualmente frente al usuario.

Por tanto, en un número considerable de supuestos, sobre todo los vinculados al ámbito audiovisual y musical, los titulares originarios de los derechos exclusivos –autores y artistas- no son los sujetos que ejercitan individualmente sus derechos exclusivos de autorizar frente al

---

<sup>970</sup> Derecho exclusivo de nuevo cuño, introducido por el WPPT (art. 10) a favor de los artistas de interpretaciones musicales y en el Tratado de Beijing (art. 10) respecto de los artistas de interpretaciones audiovisuales. Este derecho comprenderá los actos de transmisión interactiva a la carta. La Directiva 2001/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, también ampara esta modalidad de derecho exclusivo en su art. 3.2.a). No obstante, algunas legislaciones nacionales, como es el caso de la española (art. 20 TRLPI), comprenden dicha forma de explotación en la más amplia de comunicación al público, con el efecto subsidiario para los artistas de ser configurado no como un derecho exclusivo sino de remuneración, de gestión colectiva obligatoria, en los mismos términos que las distintas formas de comunicación al público de las interpretaciones artísticas fijadas en un soporte fonográfico o audiovisual.



usuario o utilizador de sus obras o prestaciones sino el cesionario de los mismos, que los adquiere, normalmente, vía presuntiva legal, o por cesión contractual.

### **2.2.2.- Gestión colectiva “voluntaria” o conjunta.**

Ahora bien, no obstante la posibilidad de ejercicio individual que el TRLPI concede fundamentalmente al autor y al artista respecto de sus derechos exclusivos de explotación, por pragmatismo, se da la posibilidad de encomendar su gestión a una entidad de gestión o a un tercero mediante título de representación o mandato. En este caso estaríamos en presencia de una gestión colectiva “voluntaria” o “conjunta” de derechos exclusivos de autorizar, conferida por el titular del derecho, y no por la ley, bajo el fundamento de que la ley no prohíbe que un titular de un derecho intelectual de carácter exclusivo encomiende a una entidad de gestión colectiva el ejercicio de ese derecho. Pues bien, aunque así fuera, a pesar de que la ley no lo impida, es claro que una cosa es que en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, el titular del derecho exclusivo confiera su ejercicio a un tercero, sea una entidad de gestión o cualquier otro mandatario o apoderado (persona física o jurídica), y otra bien distinta es que la entidad de gestión, estando legitimada para hacer efectivo ese derecho exclusivo, pueda valerse de las prerrogativas (legitimación especial, en vez de título de representación individual; tarifas generales en vez de precio singular por cada derecho y titular; etc.) que la Ley le ha otorgado en consideración a la dificultad o imposibilidad de ejercicio individual de determinados derechos (los de remuneración).

Entendemos, por tanto, que la encomienda que efectúa el titular de un derecho exclusivo, de ejercicio individual, a una entidad de gestión a fin de que ésta le administre colectivamente ese derecho, aun siendo factible, no puede apoyarse en el mismo fundamento ni en las reglas de la gestión colectiva propiamente dicha –la obligatoria-, desde el momento en que ésta se concibe con carácter subsidiario y privilegiado respecto del modo ordinario de ejercer los derechos subjetivos, para alcanzar la eficacia de aquellos derechos de difícil o imposible ejercicio individual, como son los de remuneración.

La figura del *operador de gestión independiente* que introduce la Directiva 26/2014/UE, y que la reforma del TRLPI operada por la Ley 21/2014 no ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, constituye, asimismo, una nueva posibilidad de ejercicio colectivo voluntario o conjunto al margen de las entidades de gestión, desde el momento que tales operadores pueden asumir la gestión de varios titulares.

En efecto, la Directiva 26/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines, contempla la figura del *operador de gestión independiente*<sup>971</sup>. Según describe su Considerando Decimoquinto, *los operadores de gestión independientes son sociedades mercantiles que se diferencian de las entidades de gestión colectiva, entre otras razones, porque no pertenecen a los titulares de derechos, ni están controladas por estos. No obstante, en la medida en que dichos operadores de gestión independientes realizan las mismas actividades que las entidades de gestión colectiva, deben estar obligados a facilitar determinada información a los titulares de derechos a los que representan, a las entidades de gestión colectiva, a los usuarios y al público*. Consecuentemente, en su artículo 3 contiene una definición de tal figura en los siguientes términos: *toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual, para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto*<sup>972</sup>.

### 2.2.3.- Gestión colectiva “obligatoria”.

Por el contrario, la ley establece, esencialmente por razones de orden práctico y, en concreto, para lograr la real efectividad de determinados derechos intelectuales<sup>973</sup>, un sistema de ejercicio colectivo obligatorio a través de entidades colectivas de gestión que recaudan los rendimientos económicos de tales derechos y los reparten entre los titulares de los mismos<sup>974</sup>.

De hecho, a todos los derechos de remuneración que reconoce el TRLPI les impone como forma de ejercicio la gestión colectiva obligatoria en términos generales y referidos a cualquier categoría de creadores o titulares (autores, artistas y productores). A los efectos que ahora interesan,

---

<sup>971</sup> La precitada norma en su art. 2 (ámbito de aplicación) hace extensibles varias disposiciones normativas de la Directiva a estos gestores independientes. Sin ánimo exhaustivo, tales disposiciones son las siguientes: el art. 16.1 relativo a la concesión de licencias; el art. 18, sobre información facilitada a los titulares de derechos sobre la gestión de sus derechos; art. 20, Información facilitada, previa solicitud, a los titulares de derechos, a otras entidades de gestión colectiva y a los usuarios; art. 21.1 a, b, c, e, f, g, relativo a la información que debe ser pública; y arts. 36 a 42, en cuanto al cumplimiento e intercambio de información entre autoridades competentes y la concesión de licencias multiterritoriales, informes a la Comisión europea y protección de datos.

<sup>972</sup> Esta Directiva deberá ser objeto de trasposición a la normativa nacional de los Estados miembros a más tardar el 10 de abril de 2016. Su no transposición en el plazo previsto acarrearía el correspondiente dictamen motivado de la Comisión Europea, evaluando el cumplimiento por parte del estado miembro concernido, según lo previsto en el art. 258 TFUE (anterior art. 226 TCE).

<sup>973</sup> Finalidad y fundamento que de manera expresa recoge tanto el Preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual española de 1987, como las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1999.

<sup>974</sup> La propia OMPI justifica esta forma de ejercicio en términos muy similares al mantener que: "La razón por la que muchas veces los titulares de derechos no pueden ejercer el derecho de autor ni los derechos conexos es que las obras de que se trata son utilizadas por un gran número de usuarios. Un autor o un titular de derechos no tiene medios en general, para controlar todas esas utilizaciones, negociar con los usuarios y recaudar las remuneraciones. En esa situación, no obstante, no hay fundamento para sacar la conclusión de que es preciso instaurar un sistema de licencias no voluntarias. Existe una solución mucho más adecuada, que es la gestión colectiva de los derechos exclusivos" -documento OMPI/MCR/SEV/97/INF.1, pág. 2, párrafo 5.

respecto a los intérpretes audiovisuales, el TRLPI impone esta forma de ejercicio respecto de los siguientes derechos intelectuales de remuneración<sup>975</sup>:

1. Derecho de remuneración por la comunicación pública de las interpretaciones artísticas fijadas (art. 108.4 y 5 TRLPI).
2. derecho de remuneración por la puesta a disposición interactiva de las interpretaciones artísticas fijadas (art. 108.3 TRLPI)
3. derecho de remuneración por el alquiler de las interpretaciones artísticas fijadas<sup>976</sup> (art. 109.3 TRLPI).

En definitiva: un derecho exclusivo puede ser gestionado individualmente por su titular o encomendar su gestión voluntariamente a una entidad de gestión, mientras que un derecho de remuneración, por las razones ofrecidas, sólo es susceptible de ser gestionado colectivamente y con carácter imperativo u “obligatorio”.

Con independencia de su conveniencia, el TRLPI establece esta forma de ejercicio con *carácter imperativo u obligatorio*<sup>977</sup>, aun sabiendo que esta característica cuenta con varias excepciones, sobre todo en América Latina<sup>978</sup>. Como venimos diciendo, la gestión colectiva en tales supuestos se articula con el propósito de dotar de efectividad el régimen jurídico protector de la propiedad intelectual<sup>979</sup>. Efectividad que, dado el volumen de utilizaciones diversas que se producen de las obras y prestaciones protegidas, sería imposible lograr por los titulares de forma aislada o individual, lo que les privaría en la mayoría de los supuestos de los rendimientos económicos de su actividad creadora. La circunstancia de que el titular-acreedor del derecho no tenga la posibilidad de negociar directamente con el deudor abunda más en la necesidad de gestionar

---

<sup>975</sup> No incluimos en este punto el derecho compensatorio reconocido al artista por la copia privada de sus interpretaciones fijadas, toda vez que, como ya se ha dicho (*vid.* epígrafe 7 del Capítulo IV), su naturaleza y fundamento no coincide con los inherentes a los derechos de remuneración.

<sup>976</sup> Sobre este derecho, en concreto, el legislador comunitario ha querido proteger a las partes más vulnerables del contrato, estableciendo que si el derecho de alquiler lo ha cedido o transmitido el autor o el artista intérprete o ejecutante, éste *conservará el derecho de obtener por el alquiler una remuneración equitativa*. Este derecho *por parte de los autores o artistas intérpretes o ejecutantes será irrenunciable* (apartados 1 y 2 del art. 4 de la Directiva 92/100/CEE).

<sup>977</sup> En el caso de la legislación española dicho carácter se infiere del propio tenor de los preceptos que la regulan: *se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual* dicen, entre otros, los siguientes arts. del TRLPI: 90.7, 108.6, 109.3, 116.3 y 122.3.

<sup>978</sup> De hecho en ningún país de América Latina la gestión colectiva tiene el carácter de obligatoria, por más que resulte imprescindible y necesaria, o así se infiera este último carácter de varias normas. Así la Corte Constitucional de Colombia ha denotado el carácter voluntario de la gestión colectiva (Sentencia C-792, de 17 de septiembre de 2002).

<sup>979</sup> Abunda en esta idea la legislación española, cuando, por ejemplo, la propia Exposición de Motivos de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual (BOE núm. 275, de 17 de noviembre), al destacar que “es un hecho, reconocido por las instituciones de la Comunidad Europea, que los titulares de derechos de propiedad intelectual únicamente pueden lograr su real efectividad actuando colectivamente a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados”.

colectivamente tales derechos. Resultaría poco práctico y de nula eficacia habilitar a cada uno de los titulares de derechos intelectuales que intervienen en una obra, *v.gr.*, audiovisual, para reclamar sus respectivas remuneraciones frente a todas las empresas o entidades de televisión que comuniquen al público la obra durante la fase de explotación de ésta (varios años).

Incluso en aquellas legislaciones nacionales en las que la gestión colectiva no es obligatoria, es evidente que, *de facto*, no cabría otra solución más que la gestión colectiva para lograr la eficacia de los derechos de remuneración, tanto para hacer efectivos los derechos a nivel nacional como, sobre todo, en el ámbito internacional.

#### **2.2.4.- El derecho de libre asociación y la gestión colectiva obligatoria.**

El carácter instrumental y adjetivo de la gestión colectiva obligatoria, amén de las justificaciones de índole pragmática y de eficacia de los derechos de remuneración, en cuanto que fundamento mismo de esa especial forma de ejercicio, evitó en España un debate doctrinal y jurisprudencial acerca de las tensiones y conflictos que pudieran derivarse de la convivencia entre dicha forma de ejercicio y el derecho fundamental de asociación que nuestra CE de 1978 ampara en su art. 22.

Aunque en España es pacífica la cuestión, en toda América Latina, sin embargo, no se observa ningún supuesto de gestión colectiva “obligatoria”. En tales países, tanto el legislador como las cortes constitucionales entienden que existe una tensión entre dicho carácter imperativo de la gestión colectiva y el derecho de libre asociación, que se ha de resolver a favor de éste. Paradigma de esta cuestión lo constituye la posición de la Corte Constitucional colombiana, la cual, a través de diversos pronunciamientos, ha configurado un marco de relación entre la gestión colectiva y el derecho de asociación para negar el carácter “obligatorio” de aquella y reafirmar la prevalencia de este derecho fundamental<sup>980</sup>.

---

<sup>980</sup> Así, dicha Corte Constitucional, través de la Sentencia C-265 de 1994, declaró exequible el art. 12 de la Ley 44 de 1993, relacionado con la cantidad mínima de socios requerida para constituir una sociedad de gestión colectiva: “La legitimidad constitucional de las sociedades de contenido esencialmente patrimonial o finalidad lucrativa deriva de la propiedad privada y de las libertades económicas; en cambio, las asociaciones en sentido estricto surgen del reconocimiento de los derechos de la persona y de sus posibilidades de participación en los destinos colectivos. Esta distinción es fundamental porque la Constitución colombiana, al consagrar un Estado social de derecho (C.P art. 1), combina el intervencionismo económico -lo cual supone una permanente posibilidad de restricción estatal de las libertades económicas- con el radical respeto de los derechos civiles y políticos -por lo cual la restricción de estos últimos debe tener fundamento expreso y específico-”. Posteriormente y a través de la Sentencia C-792 de 2002, declaró también la exequibilidad del art. 21 de la Ley 44 de 1993, argumentando: “La función de las sociedades de gestión colectiva está referida a la administración de derechos, entre ellos los económicos, en cabeza de los autores u otros titulares. En este sentido, como lo había expresado esta Corte, dichas sociedades tienen un contenido esencialmente patrimonial en la medida que gestionan el recaudo de la remuneración derivada de los derechos de los autores y demás titulares, distribuyéndola entre sus asociados. Al tener las sociedades de gestión colectiva contenido patrimonial y al superar su funcionamiento los principios del derecho genérico de asociación, se inscriben dentro de la regulación contenida en la Constitución económica, por lo que son sujetos pasivos de la intervención del Estado en su funcionamiento, en ejercicio de su

Así las cosas, en nuestra opinión, el funcionamiento de las entidades de gestión colectiva se debe regular en atención a la denominada “constitución económica” y no a partir del derecho de asociación. Aún cuando es factible interpretar -v.gr. en nuestro caso particular- que el establecimiento de una gestión colectiva obligatoria describe un trato diferenciador en relación con aquellos intérpretes de obras audiovisuales que no deseen ejercer su derecho a través de la entidades de gestión colectiva, es pertinente advertir que dicho trato cuenta con una justificación constitucional tanto en España como en aquellos países en los que se veta esta forma de ejercicio colectivo.

En efecto, por lo que concierne a la situación española, como se argumenta ampliamente en epígrafes anteriores la ubicación constitucional de los derechos de propiedad intelectual se halla en el art. 33 CE *-propiedad privada-*, desarrollados por ley ordinaria (TRLPI) y no por ley orgánica, al tiempo que dicha ley especial y ordinaria concilia perfectamente la necesidad de dotar de eficacia real a los derechos de remuneración con la libertad de asociación de su titular, ya que el juego de diversas normas imperativas contenidas en su texto imponen a la entidad de gestión la obligación de la administración de tales derechos con independencia de la pertenencia *-asociación-* de su titular a dicha entidad. Así, el art. 157.4 en relación con los arts. 147, 148.1.c, 150, 151.3 y 4, 152, 153, 155, 156.2.b y 163 a 167, todos ellos del TRLPI.

De dicho marco legal se infiere que la legitimación y legitimidad para que una entidad de gestión actúe en nombre del colectivo de titulares *in genere* nace tanto del TRLPI y de la autorización administrativa de funcionamiento, como de la concreta encomienda de gestión *–“derechos confiados a su gestión”* es una fórmula que reitera el TRLPI en sus arts. 147 y 150, junto con la de *“derechos encomendados”* de los arts. 148.2 y 152 o *“encomienda “* de gestión del art. 153- que los titulares de los derechos efectúan a las entidades a través del contrato de gestión (art. 153 TRLPI)<sup>981</sup>. Por tanto, la circunstancia de que dicho titular, a su vez y por voluntad propia, quiera integrarse a dicha entidad de gestión *-asociación-* se concibe como un *plus* ajeno a la gestión colectiva obligatoria de sus derechos, pues la integración en una persona jurídica como es una entidad de gestión lo que le aporta de añadido son los derechos sociales o políticos tales como poder formar parte de los órganos de gobierno, beneficiarse de programas de bienestar social,

---

facultad de dirección de la economía”.

<sup>981</sup> Tan es así que a través de la última reforma del art. 153 TRLPI, operada por la Ley 21/2014, tras regular el “contrato de gestión”, se añade un párrafo a este artículo, por el que se clarifica que no es necesaria tal encomienda mediante contrato de gestión, con el siguiente tenor: *Ello sin perjuicio de los derechos contemplados en la presente Ley cuya gestión deba ejercerse exclusivamente a través de las entidades de gestión.*

participar en las asambleas de socios, ejercer el sufragio activo y pasivo, etc.<sup>982</sup>

De otro lado, el ejercicio de los derechos patrimoniales de autores e intérpretes se relaciona directamente con la actividad económica desplegada por otro tipo de industrias, en nuestro caso particular, las del cine y la televisión<sup>983</sup>. En atención a las características especiales del intercambio de bienes y servicios que se da entre los intérpretes y usuarios de obras audiovisuales, la regulación de las sociedades de gestión colectiva debe superar los principios genéricos del derecho de asociación.

Asimismo, y aún cuando se pueda interpretar que el establecimiento de una gestión colectiva obligatoria describe un trato diferenciador en relación a aquellos intérpretes de obras audiovisuales que no deseen ejercer su derecho a través de la entidad de gestión colectiva, es pertinente advertir que dicho trato cuenta con una justificación constitucional<sup>984</sup>. Es diferenciador en cuanto a la posición política del titular respecto de la entidad de gestión, precisamente como consecuencia de su ejercicio libre del derecho de asociación, de tal suerte que una mayor vinculación con la entidad de gestión, amén de ser gratuita, le atribuye al titular otros derechos o ventajas sociales de los que no podrá gozar quien, voluntariamente, decida no afiliarse a dicha asociación.

Mas ese trato diferenciador “social” justificado en el ejercicio de un derecho constitucional, como es el de libre asociación, en absoluto puede derivar en un trato desigual respecto de la administración de los derechos, que ha de ser en pie de igualdad en todos los sentidos. Nuestro

---

<sup>982</sup> Prueba de que el objeto de gestión son los rendimientos económicos de los derechos y que el derecho de asociación se hace compatible con la gestión colectiva es que todos los estatutos de las entidades de gestión contemplan disposiciones por las que, si un socio es expulsado de la entidad conserva su derecho a percibir los rendimientos de los derechos administrados. Es más, así resulta sin ambages, a tenor de la nuevas obligaciones (de información y rendición de cuentas) que el artículo 157.1.i) TRLPI (según la redacción dada a este precepto por la Ley 21/2014) impone a las entidades de gestión para con los “titulares no miembros de la entidad de gestión”.

<sup>983</sup> Así, los usuarios de los derechos de remuneración por concepto de comunicación pública de obras audiovisuales, son las mismas personas de quien dependen contractualmente los actores para poder desempeñar su profesión. A través de la gestión colectiva obligatoria se pretende evitar, que a partir de acuerdos individuales, los productores de obras audiovisuales aprovechen su relación como generadores de plazas de trabajo para los actores, y de manera contractual se les presione individualmente al momento de ejercer sus derechos por concepto de comunicación pública de las interpretaciones.

<sup>984</sup> En la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-155, de 1998, en relación con el precario poder de negociación de los actores frente a los productores, el magistrado de la Corte Constitucional José Gregorio Hernández expresó su voto particular en los siguientes términos: “La disposición legal declarada parcialmente inexecutable era una norma tuitiva de tales legítimos derechos y no hacía otra cosa que evitar que las empresas productoras y exhibidoras de obras artísticas, en sus variadas formas, constriñeran a los actores, directores, dramaturgos, guionistas y libretistas a renunciar a sus derechos a las regalías por futuras exhibiciones, proyecciones, retransmisiones o presentaciones de las piezas artísticas en las cuales intervinieron, como condición previa indispensable para contratarlos. (...) Se buscó impedir específicamente la renuncia forzada del titular de las regalías a su legítimo derecho, en el curso de una relación jurídica en apariencia equilibrada pero en realidad sujeta al dominio económico del empresario. (...) Deseó el legislador -y ello es legítimo a la luz de la Constitución- impedir que el artista fuera objeto de indebidas presiones para renunciar a las regalías. (...) En la práctica, no pocos contratos en esta materia están ya previamente escritos, a manera de convenios adhesivos, en cuyas cláusulas se incorpora, con carácter expreso y obligatorio para quien quiera ser contratado, la renuncia a las regalías que la disposición legal contempla.”

TRLPI, en efecto, previene que la encomienda de gestión que el titular realice a la entidad de gestión deberá desempeñarse *con sujeción a sus estatutos y demás normas aplicables* (art. 152, *in fine*). Al tiempo que del art. 151.13 TRLPI previene que los estatutos de la entidad de gestión deberán establecer *las disposiciones adecuadas para asegurar una gestión libre de influencias de los usuarios de su repertorio y para evitar una injusta utilización preferencial de sus obras y prestaciones protegidas*.

En definitiva, sentada la conciliación entre la obligatoriedad de la gestión colectiva de los derechos de remuneración, en cuanto necesaria para alcanzar la eficacia requerida por tales derechos, y la libertad de asociación –amén de conveniente, gratuita y ventajosa siempre en el plano social-, parece obligado advertir que todo ello en absoluto puede influir en un tratamiento diferenciado en la gestión de los derechos, en cuanto que verdadero objeto de la gestión colectiva.

A través de esta modalidad de gestión colectiva obligatoria el legislador busca un equilibrio entre el ejercicio pacífico de los derechos económicos de los intérpretes audiovisuales y los derechos de los usuarios de tales interpretaciones de ejercitar una actividad económica bajo los designios de la seguridad jurídica y el trato igualitario<sup>985</sup>. Así las cosas, la gestión colectiva obligatoria se establece como una fórmula jurídica para que, en nuestro caso particular, los intérpretes de obras audiovisuales ejerzan de manera eficiente sus derechos de remuneración, en modo alguno como una limitación de sus derechos constitucionales de asociación o integración en las instituciones para la mejor defensa y ejercicio de sus derechos.

---

<sup>985</sup> Así, *v.gr.*, en el marco de la gestión colectiva y el derecho comunitario que establece la Decisión Andina 351 de 1993, en relación con el tema del ejercicio de los derechos patrimoniales, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ha señalado los beneficios que conlleva la gestión colectiva cuando manifiesta que sus atribuciones se dirigen a “administrar los derechos de los asociados según sus normas orgánicas, procurando los mejores beneficios para ellos, como los del fomento de la producción intelectual y el mejoramiento de la cultura” y que su existencia es necesaria cuando “el ejercicio individual del derecho de autor resulta de muy difícil cumplimiento frente a la diversidad de usos que de la producción artística o literaria se realiza a través de comunicaciones públicas como radio, televisión, salas de fiesta, tecnología digital, etc. [Proceso 22-IP-98 (25-11-1998)]. Y en ese mismo sentido la Corte Constitucional colombiana señaló: “Las modalidades colectivas de gestión responden no sólo a la consideración sobre la extrema dificultad que pueden enfrentar los titulares para hacer efectivos individualmente sus derechos, sino también a la complejidad que implicaría para los usuarios tramitar las autorizaciones y los pagos directa y separadamente con los titulares de los derechos respectivos, al punto de que podrían verse, incluso, en la imposibilidad de cumplir con la obligación de pagar la remuneración debida a los titulares de los derechos. De este modo, los sistemas diseñados por la ley para una efectiva gestión de los derechos de autor responden no solo a la necesidad de dar respuesta al imperativo constitucional de proteger tales derechos, sino también al propósito de permitir una más amplia difusión de las creaciones del talento humano, con el reconocimiento de una remuneración equitativa a los derecho habientes y sin perjuicio de su derechos exclusivos” -Sentencia C-833, de 10 de octubre de 2007.

### 3.- LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA GESTIÓN COLECTIVA: LA DIRECTIVA 2014/26/UE.

#### 3.1.- Generalidades, estructura y virtualidad de la Directiva 2014/26/UE.

Dejando al margen las iniciativas legislativas de ámbito nacional, corresponde analizar con mayor detalle la primera norma armonizadora en esta materia a nivel regional, ya que muy probablemente será la que marque la pauta para reorientar la gestión colectiva del siglo XXI hacia los principios y objetivos de transparencia, eficacia, justicia, solidaridad y servicio de los creadores y del interés general de la protección de la propiedad intelectual. Nos referimos, evidentemente, a la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre gestión colectiva de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor y licencias multiterritoriales de derechos en obras musicales para usos en línea en el mercado interior<sup>986</sup>.

Con esta norma, el legislador europeo persigue un doble objetivo: de un lado, fomentar una mayor transparencia y una mejor gobernanza de las entidades de gestión mediante el reforzamiento de sus obligaciones de información y el control de sus actividades por parte de los titulares de derechos y, por el otro, alentar y facilitar la concesión de licencias multiterritoriales y multirrepertorio de derechos de autor en obras musicales para su utilización en línea en el territorio de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo<sup>987</sup>.

---

<sup>986</sup> Diario Oficial de la UE de 20 de marzo de 2014.

<sup>987</sup> A este respecto, en los últimos años la Comisión Europea había venido identificando la propiedad intelectual como uno de los ámbitos en los que se requiere un plan de actuación a nivel europeo. Así, en el marco de la Agenda Digital para Europa (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – *Una Agenda Digital para Europa* [COM(2010)245]) y de la estrategia *Europa 2020* (Comunicación de la Comisión – *Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* [COM(2010)2020]), la Comisión Europea tiene declarado que en la era de Internet la gestión colectiva debe evolucionar hacia modelos transnacionales para la concesión de licencias que cubran los territorios de varios Estados miembros de la UE. Al mismo tiempo y haciéndose eco de las preocupaciones e inquietudes de la Comisión, sobre todo a raíz de diversos escándalos en los que se han visto envueltas determinadas entidades de gestión colectiva europeas, la Directiva identifica la ausencia de transparencia y de la obligación de rendir cuentas (responsabilidad) de las entidades de gestión como uno de sus principales problemas para su buen funcionamiento. Concretamente, sus Considerandos 5º y 6º dicen que tal carencia de transparencia: *les impiden explotar con eficiencia los derechos de autor y derechos afines en el mercado interior, en detrimento tanto de los miembros de las entidades como de los titulares de derechos y los usuarios* (Considerando 5) y, a renglón seguido, recuerda que *La necesidad de mejorar el funcionamiento de las entidades de gestión colectiva ya se había señalado en la Recomendación 2005/737/CE de la Comisión. Dicha Recomendación establecía una serie de principios, como la libertad de los titulares de los derechos de elegir sus entidades de gestión colectiva, la igualdad de trato de todas las categorías de titulares de derechos y el reparto equitativo de los derechos recaudados. Asimismo, invitaba a las entidades de gestión colectiva a facilitar a los usuarios información suficiente sobre las tarifas aplicables y el repertorio antes de las negociaciones entre ellos. Contenía asimismo recomendaciones sobre rendición de cuentas, representación de los titulares de derechos en los órganos decisorios de las entidades de gestión colectiva y resolución de litigios. Sin embargo, la Recomendación tuvo un seguimiento desigual* (Considerando 6).



Y es que, apoyándose la propiedad intelectual sobre tres pilares fundamentales -contenido sustantivo, observancia o protección y gestión colectiva–, hasta ahora el legislador europeo únicamente había llevado a cabo una labor armonizadora en relación con los dos primeros -sirvan como ejemplo las directivas de 1992<sup>988</sup>, 1993<sup>989</sup>, entre otras, y muy especialmente las de 2001 y de 2004, sobre derechos de autor en la sociedad de la información<sup>990</sup> y sobre respeto de los derechos de propiedad intelectual<sup>991</sup> (*directiva antipiratería*), respectivamente.

El tercero de tales pilares, la gestión colectiva, únicamente había sido objeto de regulación blanda (*soft law*) a nivel comunitario, básicamente a través de la Recomendación 2005/737/CE de la Comisión, de 18 de mayo de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea (que incluye medidas, a escala comunitaria, relativas a la concesión de licencias de derechos de autor para los servicios legales de obras musicales en línea), y de sentencias, decisiones y demás resoluciones del Tribunal de Justicia de la UE y de la Comisión Europea en diversos asuntos, muy especialmente en materia de defensa de la competencia (de manera destacada la denominada *Decisión CISAC*<sup>992</sup>).

En definitiva, lo que persiguen las instituciones europeas con la adaptación de la Directiva de 2014 sobre gestión colectiva es elevar el rango de las anteriores disposiciones de regulación *blanda*, a las que añade otras complementarias, especialmente en relación con las obligaciones de transparencia, rendición de cuentas (responsabilidad) y gobierno, persiguiendo con todo ello el objetivo anteriormente indicado, que pasa necesariamente por armonizar la gestión colectiva a nivel comunitario. En esencia, la Directiva se divide en tres grandes bloques<sup>993</sup> que, a su vez, responden al doble objetivo anunciado:

---

<sup>988</sup> Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

<sup>989</sup> Directiva 93/83/CEE, del Consejo, de 27 de septiembre, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

<sup>990</sup> Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

<sup>991</sup> Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

<sup>992</sup> Decisión de la Comisión Europea, de 16 de julio de 2008, Asunto COMP/C2/38.698 – CISAC, parcialmente revocada por el Tribunal de Justicia de la UE en su Sentencia de 12 de abril de 2013, Caso T-442/08 – CISAC/Comisión Europea.

<sup>993</sup> La Directiva está formada por 58 considerandos y 5 títulos: i) Disposiciones Generales; ii) Entidades de gestión colectiva; iii) Concesión de licencias multiterritoriales de derechos en línea sobre obras musicales por las entidades de gestión colectiva; iv) Medidas coercitivas; v) Informes y disposiciones finales.

- I. Con el primero de los bloques, dedicado a la gestión colectiva, se pretende *establecer los requisitos necesarios para garantizar el correcto funcionamiento de la gestión de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor por las entidades de gestión colectiva* (art. 1). Este bloque, regulado íntegramente en el Título II, es *de aplicación a todas las entidades de gestión establecidas en la Unión* (art. 2.1).
- II. El segundo de ellos regularía los requisitos para la concesión, por las entidades de gestión colectiva, de licencias multiterritoriales para la explotación en línea de obras musicales (art. 1), de aplicación estricta a las entidades de gestión que administren derechos de autor en obras musicales (art. 2.2).
- III. El tercero de los bloques abordaría las medidas coercitivas para garantizar la observancia y respeto de las obligaciones previstas en la Directiva -de manera muy particular en relación con la transparencia y gobernanza de las entidades de gestión. Conforme al art. 2.1, este Título (IV) también resultaría de aplicación a todas las entidades de gestión establecidas en la UE.

Si, como indicábamos *ut supra*, la gestión colectiva idónea consiste en hallar la mayor eficacia de los derechos en el tráfico jurídico sin dañar con ello derechos ajenos, y que a tal fin es preciso que los principios de justicia o equidad, transparencia, eficacia y solidaridad presidan todas las fases de la gestión colectiva, centraremos el presente análisis en el primero de tales bloques, pues no en vano es el que perfila el contenido esencial y normativo de tales principios.

Efectivamente el Título II de la Directiva, íntegramente dedicado a las entidades de gestión, establece los requisitos *para garantizar el correcto funcionamiento* (art. 1). A tal efecto consta de cinco capítulos, que regulan, a su vez, varias facetas de la gestión colectiva, a saber: el gobierno u organización de las entidades, la gestión de los ingresos, la gestión en nombre de otras entidades (a través de los denominados acuerdos de reciprocidad), la relación con los usuarios, y las medidas específicas de transparencia que han de adoptar las entidades de gestión.

### **3.2.- El principio de actuación, salvaguardia y prevalencia del interés de los titulares de los derechos administrados.**

Dicho aspecto fundamental lo regula la Directiva en el Capítulo 1 del Título II, que arranca con un principio general, a cuya virtud *los Estados miembros velarán por que las entidades de*

*gestión colectiva actúen en el mejor interés de los titulares cuyos derechos representan y por que no les impongan obligaciones que no sean objetivamente necesarias para la protección de los derechos e intereses o para la gestión eficaz de sus derechos (art. 4).*

Sobre dicha base, el art. 5 regula los derechos de los titulares frente a la entidad, que habrán de constar en los propios estatutos de cada entidad, o en la encomienda o contrato de gestión<sup>994</sup>. Por su parte, el art. 8 establece la obligación de los Estados miembros de velar por que la Asamblea General de las entidades de gestión sea convocada, al menos una vez al año, indicando cuáles han de ser sus competencias mínimas<sup>995</sup>. Además, todo miembro de una entidad de gestión tendrá el derecho de designar a cualquier persona o entidad como su representante para asistir y votar en su nombre durante la Asamblea General<sup>996</sup>.

### **3.3.- El principio de supervisión y autocontrol interno de las entidades de gestión.**

La Directiva también regula la función de supervisión (art. 9), obligando a las entidades a establecer un órgano de supervisión encargado de controlar el cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre aquellas y sobre sus gestores. Las competencias del órgano de supervisión incluyen, al menos, las siguientes:

---

<sup>994</sup> De manera más concreta: a) Derecho a elegir la entidad de gestión a la que encomienden la administración de sus derechos, pudiendo limitar dicha encomienda tanto objetivamente (indicando las categorías de derechos o tipos de obras o de prestaciones que deseen) como territorialmente (para los Estados miembros que deseen), todo ello con independencia del Estado miembro de residencia o domicilio tanto del titular como de la entidad de gestión; b) Derecho a rescindir el contrato de gestión, o de excluir del mismo determinados derechos, o categorías de derechos o tipos de obras o de prestaciones, con un preaviso razonable que no exceda de seis meses; c) Las entidades de gestión, además, estarán obligadas a informar de tales derechos a los titulares que soliciten el alta y, en relación con aquellos que ya sean miembros, a informarles dentro de los seis meses siguientes a la transposición de la Directiva en sus respectivos ordenamientos; d) En cuanto a la admisión de nuevos miembros en la entidad, se prevé que las solicitudes de alta solamente puedan ser rechazadas cuando concurren criterios objetivos que, en todo caso, deberán constar previamente en los estatutos de la entidad o en el correspondiente reglamento de admisión de nuevos miembros y que se harán públicos; e) Se establece el derecho de los miembros a participar en los procesos de toma de decisiones de la entidad y a que se comuniquen con esta por medios electrónicos, incluso para el ejercicio de sus derechos.

<sup>995</sup> Tales competencias mínimas: i) Aprobación de las reformas estatutarias y de las condiciones para el alta de nuevos miembros en la entidad -cuando estas no estén recogidas en los estatutos, ii) La política de reparto; iii) La política general de utilización de los importes que no puedan ser objeto de reparto; iv) La política general de inversiones, incluida la concesión de préstamos o la constitución de avales o garantías de préstamos; v) La política de gestión de riesgos; vi) La aprobación de cualquier adquisición, venta o hipoteca de bienes inmuebles; vii) La aprobación de fusiones y alianzas, la creación de filiales y la adquisición de otras entidades, participaciones o derechos en otras entidades; viii) Las normas aplicables a las deducciones sobre la recaudación; ix) El nombramiento y cese de los directivos de la entidad, así como su retribución y otros beneficios. La Asamblea General no decidirá sobre el nombramiento o cese de la junta directiva o del director gerente cuando el órgano supervisor tenga asumida dicha facultad; x) La designación y cese del auditor, así como la aprobación del informe anual de transparencia y el informe del auditor.

<sup>996</sup> Siempre que dicho nombramiento no de lugar a un conflicto de intereses que pudiera producirse, por ejemplo, cuando la persona representada y el representante pertenezcan a categorías diferentes de titulares de derechos dentro de la entidad de gestión colectiva (art. 8).

- a. Las que le delegue la asamblea general de los miembros.
- b. Supervisar las actividades y el desempeño de las funciones por parte de las personas *que dirijan las actividades de la entidad de gestión*, cuyas obligaciones se encuentran reguladas en el art. 10.
- c. Supervisar la ejecución de las decisiones de la asamblea general y, en particular, de las políticas recogidas en el art. 8.5, letras a) a d).

### **3.4.- El principio de responsabilidad de los administradores y gestores de las entidades de gestión.**

La Directiva, asimismo, regula las obligaciones de *las personas que dirijan las actividades de la entidad de gestión*. Así, conforme al art. 10, las entidades de gestión deberán tomar todas las medidas necesarias *para que las personas que dirigen sus actividades lo hagan de forma adecuada, prudente y racional, utilizando procedimientos administrativos y contables sólidos y mecanismos de control interno*. No queda claro quiénes son tales personas, si los *directivos* a los que hace referencia el art. 8.4 (definidos en el art. 3), o el equipo técnico-directivo en general (directores de departamento y otras personas con funciones ejecutivas). Sí están excluidos los directivos que ejerzan las funciones de supervisión. En todo caso, el art. 10 de la Directiva establece la obligación de tales personas de gestionar la entidad de manera adecuada y prudente, empleando procesos administrativos y contables seguros, así como mecanismos de control interno.

A tal efecto, se deberán diseñar procedimientos para detectar, evitar y controlar posibles conflictos de intereses, que incluirán una declaración anual por parte de cada una de tales personas, en la que harán constar la siguiente información:

- a. Cualquier interés que puedan tener en la entidad de gestión.
- b. Cualquier retribución recibida de la entidad de gestión, incluidos los planes de pensión, las retribuciones en especie y cualquier otro tipo de beneficios.
- c. Cualquier cantidad recibida, como titular de derechos, de la entidad de gestión.
- d. Cualquier posible conflicto, real o potencial, entre sus intereses personales y los de la entidad de gestión, o entre cualquier obligación frente a la entidad de gestión y frente a otras personas, físicas o jurídicas.

### 3.5.- El principio de seguridad jurídica.

Contrariamente a lo que se suele argumentar por parte de los deudores de las remuneraciones o de los usuarios de las creaciones intelectuales, en términos generales, la gestión colectiva constituye un mecanismo de ejercicio que redundará en beneficio tanto de los acreedores como de los deudores de la remuneración. La seguridad jurídica -y económica- que emana de la negociación colectiva de las tarifas -que además son generales-, unido al efecto liberalizador del pago -único en muchos casos- atribuye a la gestión colectiva un *plus* de positividad para todos los intereses en juego. De hecho, en la mayor parte de los contratos que suscribe una entidad de gestión con un usuario del repertorio que aquélla administra suele integrarse una cláusula de garantía en el sentido de quedar liberado el usuario de cualquier reclamación que efectúe un titular de derechos a nivel individual. Con ello se reafirma el principio de seguridad jurídica que ofrece la gestión colectiva, así como el carácter general de la tarifa por la que se libera el usuario.

Asimismo, desde la perspectiva de los titulares de los derechos, la seguridad jurídica se manifiesta, esencialmente en la fase de distribución, en la que otros principios como el de equidad, transparencia y proporcionalidad, así como el de legalidad y el de predeterminación de las reglas de distribución, ofrecen las debidas garantías aquéllos. Y a este respecto la Directiva de 2014 establece la obligación de las entidades de gestión de actuar con la diligencia debida en la recaudación y administración de los derechos (previa a su reparto), conforme a las pautas establecidas en su art. 11.

En relación con el reparto, el art. 13 de la Directiva establece, entre otras, las siguientes obligaciones:

- a. Las entidades de gestión deberán repartir y liquidar (pagar), de forma periódica, diligente y con exactitud las cantidades correspondientes a todos los titulares que representa.
- b. El reparto y liquidación deberá tener lugar no más tarde de nueve meses desde el final del ejercicio fiscal en el que dichas cantidades fueron recaudadas, salvo que concurran causas objetivas – relacionadas con la información facilitada por el usuario, la identificación de los derechos o de los titulares, o el cotejo de la información sobre obras y otras prestaciones con los titulares de derechos.

- c. En relación con aquellas cantidades que no puedan ser repartidas, transcurridos tres años desde el final del ejercicio fiscal en el que fueron recaudadas (y siempre que la entidad de gestión haya adoptado todas las medidas necesarias para identificar y localizar a los titulares), la entidad decidirá el destino de las mismas de conformidad a lo decidido por la Asamblea General.

### **3.6.- El principio de transparencia en la gestión colectiva.**

#### **3.6.1.- El principio de transparencia y la gestión colectiva.**

Dado que la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual persigue la eficacia real de los mismos y, en esencia, se trata de que el titular del derecho pueda obtener los rendimientos económicos que se generen por el uso de sus obras o creaciones amparadas por tales derechos, el principal requisito para que la gestión colectiva alcance su objetivo de eficacia y virtualidad es la transparencia, de todo punto esencial en la gestión de negocios, intereses o derechos ajenos, considerando como básico que la diligencia en la administración de lo ajeno ha de ser igual o superior a la exigida para gestionar lo propio.

En los últimos años no hay norma, manual o tratado sobre gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que no se refiera a la *transparencia* como principio rector de dicha actividad. No en vano las entidades de gestión colectiva no sólo administran derechos e intereses ajenos, sino que además, y en no pocas ocasiones, lo hacen investidas de toda una serie de facultades y prerrogativas extraordinarias -indispensables, por otro lado, para asegurar la efectividad de determinados derechos.

La conjunción de ambas circunstancias -administración de derechos ajenos y facultades extraordinarias para actuar en el tráfico- exige un *plus* de responsabilidad a las entidades de gestión, que ha de pasar necesariamente por una administración especialmente transparente.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por gestión colectiva *transparente*? Hasta fechas recientes no encontrábamos ninguna norma, nacional o regional, que impusiera a las entidades de gestión una obligación específica de actuar con *transparencia*, sino, todo lo más, una serie de

obligaciones de información, ya fuera frente a los propios titulares de los derechos administrados, frente a la Administración Pública<sup>997</sup>, o frente a los usuarios del repertorio.

Así, por ejemplo, hasta su reforma en 2014, el TRLPI imponía a las entidades de gestión colectiva la obligación de poner el balance, *con nota de haber obtenido o no el informe favorable del auditor*, a disposición de los socios con una antelación mínima de quince días al de la celebración de la Asamblea General en la que haya de ser aprobado (art. 156 TRLPI), o de notificar a la Administración Pública -en el caso español al Ministerio de Cultura, en cuanto órgano competente para autorizar a este tipo de entidades, así como para ejercer sobre ellas la correspondiente vigilancia y supervisión, *ex. arts. 148 y 159 TRLPI*- los nombramientos y los ceses de sus administradores y apoderados, las tarifas generales y sus modificaciones, los contratos generales celebrados con asociaciones de usuarios y los concertados con organizaciones extranjeras de la misma clase, así como determinados documentos contables (art. 159.3 TRLPI).

A partir de la reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, a las anteriores obligaciones específicas de información y transparencia se les han sumado otras.

Con todo, ¿quiere decir lo anterior que una entidad de gestión española es *transparente* por el mero hecho de cumplir con tales obligaciones de información, esto es, con las únicas expresamente previstas en la Ley? Cabe hacerse la misma pregunta en relación con el resto de entidades de gestión en otros países cuya legislación les imponga obligaciones similares. Y la respuesta, a nuestro juicio, se antoja sencilla: el cumplimiento de toda obligación de información es condición necesaria de transparencia, pero no siempre suficiente.

Si acudimos al Diccionario de la Real Academia Española<sup>998</sup>, la palabra *transparencia*, referida a una persona [jurídica] admite al menos dos acepciones: *Transparente. (Del lat. trans-, a través, y parens, -entis, que aparece). (...) 3. adj. Que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse. 4. adj. Claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad.*

Por tanto, sólo si la norma impone a la entidad de gestión una obligación de información tan amplia que su actividad *se deje adivinar o vislumbrar*, o sea *clara, evidente y se comprenda sin duda ni ambigüedad* podremos decir que su cumplimiento es condición suficiente de

---

<sup>997</sup> Especialmente en aquellos casos en los que la gestión colectiva está sujeta a un régimen de autorización administrativa.

<sup>998</sup> Diccionario de la lengua española (DRAE), Real Academia Española, 23ª edición, Madrid, 2014.

transparencia. En caso contrario, *v.gr.*, si la norma no impone semejante rango de información - lo cual, por otro lado y hasta fechas muy recientes, ha sido la tónica habitual-, la exigencia de *transparencia* obedece más a una legítima aspiración moral, que no típica o legal.

Y es en este punto donde más problemas han surgido en los últimos años, al producirse cada vez más pronunciamientos, tanto judiciales como administrativos<sup>999</sup>, reprochando a las entidades de gestión una especial falta de transparencia, e imponiéndoles determinadas obligaciones de información que no aparecían reguladas o tipificadas en texto legal alguno.

Esta tendencia ha ido generalizándose a medida que tanto los titulares de los derechos como los usuarios han ido un mayor conocimiento de la gestión colectiva y, sobre todo, con la irrupción y desarrollo de medios electrónicos de información, que cada vez tienen más capacidad e inmediatez. Así, mientras los primeros persiguen conocer en detalle de quién, cómo y a qué coste se recaudan y reparten sus derechos, los segundos quieren conocer con exactitud qué es lo que están pagando. Se trata, en ambos casos, de aspiraciones, no ya legítimas, sino exigibles legalmente frente a la entidad correspondiente, como mera intermediaria entre unos y otros.

Todo ello determina, además, una mayor responsabilidad, tanto *in contrahendo* como *in vigilando*, por parte de la Administración Pública que autoriza y supervisa a dichas entidades, hasta el punto de que se ha hecho necesario arbitrar, de una manera clara y precisa, determinadas obligaciones -generalmente de información- tendentes a garantizar una gestión colectiva transparente, que permita a unos y otros (titulares de derechos y usuarios) conocer, *sin duda ni ambigüedad* y de una manera *clara y evidente*, la actividad de las entidades de gestión.

Dicho cuanto antecede, y siendo muchas las virtudes que atesoran las entidades de gestión - especialmente cuando cumplen con su cometido conforme al dictado de la ley y de los intereses que administran-, lo cierto es que en los últimos años han aflorado determinados hechos que han puesto de relieve la necesidad de someter a dichas entidades a un control más exhaustivo, y no sólo por parte de la Administración Pública, sino también de los titulares de los derechos administrados, e incluso de los propios usuarios.

Tales hechos revelan toda una serie de vicios que, aún habiendo sido adquiridos por un reducido número de entidades, han terminado por intoxicar la gestión colectiva en su conjunto. Así,

---

<sup>999</sup> Muy especialmente por parte de las autoridades de defensa de la competencia.



mientras la inmensa mayoría de las entidades de gestión vienen operando con transparencia, satisfaciendo plenamente los intereses que tienen encomendados, unas pocas han confundido el interés particular de sus gestores con el de los titulares que representan, y cuando ello ha salido a la luz, generalmente a causa de algún procedimiento judicial o administrativo, ha atraído la atención no sólo de los titulares de los derechos, de los usuarios y de la Administración Pública, sino de los consumidores y del público en general, forjándose así una imagen negativa de la gestión colectiva en su conjunto<sup>1000</sup>.

### **3.6.2.- Medidas específicas de transparencia que impone la Directiva 2014/26/UE.**

La Directiva 2014/26/UE, en su capítulo quinto, establece las medidas específicas de transparencia e información que han de adoptar las entidades de gestión en su relación con sus miembros (y demás titulares representados), con las entidades homólogas con las que tengan suscrito un convenio de representación recíproca, con los usuarios, así como con los consumidores y, en definitiva, el público en general.

Por su parte, el art. 18 de la Directiva establece que las entidades de gestión deberán poner a disposición de los *titulares representados*, por medios electrónicos y al menos una vez al año, la siguiente información:

- Cualquier dato personal cuyo uso (incluyendo la identificación y localización) haya sido autorizado por el titular a la entidad de gestión.
- Los ingresos de derechos recaudados en representación de dicho titular.
- Las cantidades asignadas a dicho titular, por categoría de derechos gestionados y tipo de uso, que la entidad le haya abonado en el periodo correspondiente.
- El periodo durante el que se llevaron a cabo los actos de explotación por los que las cantidades han sido asignadas al titular.
- Las deducciones practicadas en concepto de tasa de administración (*honorarios de gestión*) para ese periodo concreto.
- Las demás deducciones practicadas, incluidas aquellas exigidas por la ley para financiar servicios sociales, culturales y educativos, para ese periodo concreto.

---

<sup>1000</sup> En todo caso no podemos negar lo evidente, y es que es cierto que en los últimos años determinadas entidades de gestión en los cinco continentes se han visto envueltas en varios casos de corrupción, administración fraudulenta, apropiación indebida y otros hechos más o menos graves y escandalosos. Pero tampoco podemos generalizar dichas prácticas, ni presentarlas como una suerte de mal endémico de la gestión colectiva –como determinados sectores de usuarios vienen presentándolas, interesadamente, en los últimos años.

- Cualquier cantidad correspondiente al titular, y cuya liquidación aún esté pendiente para ese periodo.

Las entidades de gestión también deberán facilitar la siguiente información, por medios electrónicos y al menos una vez al año, *a las demás entidades de gestión* con las que tenga suscrito el correspondiente acuerdo de representación recíproca (art. 19):

- Las cantidades correspondientes a los titulares representados por la otra entidad, indicando las categorías de derechos y tipos de usos, que la entidad les haya abonado por la concesión de cualesquiera licencias en virtud del acuerdo de representación.
- Las deducciones practicadas, por todos los conceptos.
- Información sobre las licencias e ingresos de derechos, en relación con las obras incluidas en el repertorio cubierto por el correspondiente acuerdo de representación.
- Los acuerdos de la Asamblea General.

Además de la información anteriormente indicada, que deberá ser facilitada, en todo caso, a unos y otros (titulares y entidades de gestión homólogas), aunque no haya mediado requerimiento para ello, las entidades de gestión estarán obligadas a facilitar la siguiente información a los *titulares, entidades y usuarios* que la requieran (art. 20):

- Las obras u otras prestaciones que representen, los derechos que gestionan directamente o en virtud de acuerdos de representación, y los territorios que abarcan, o
- cuando dichas obras u otras prestaciones no se puedan determinar debido al ámbito de la actividad de la entidad, las categorías de obras o de otras prestaciones que representan, los derechos que gestionan y los territorios que abarcan.

Por su parte, el art. 21 de la Directiva establece qué información se ha de hacer pública en el *sitio web* de la entidad de gestión:

- Los estatutos.
- Las condiciones de adhesión y revocación de miembros en la entidad, si no están incluidas en los estatutos.
- Los contratos tipo de licencia y las tarifas aplicables, descuentos incluidos.
- Las personas referidas en el art. 10, esto es, *las personas que dirijan las actividades de la entidad de gestión*.

- Las normas de reparto.
- Las reglas relativas a la tasa de administración.
- Las reglas relativas a las demás deducciones, incluidas las destinadas a sufragar servicios sociales, culturales y educativos.
- Un listado de los acuerdos de representación que haya celebrado y los nombres de las entidades con las que haya celebrado esos acuerdos.
- Su política general sobre el uso de los importes que no puedan ser objeto de reparto.
- Normas reguladoras de los procedimientos de reclamación y de resolución de conflictos.

Por su parte, el art. 22 establece la obligación de las entidades de gestión de hacer público un *informe anual de transparencia* para cada ejercicio fiscal, no más tarde de ocho meses desde que finalice dicho ejercicio<sup>1001</sup>.

---

<sup>1001</sup> Dicho informe anual contendrá la información indicada en el Anexo a la Directiva:

- a) Estados financieros, incluyendo el balance de activos y pasivos, así como las cuentas de ingresos y gastos para ese ejercicio fiscal, y el estado de la tesorería.
- b) Memoria o informe de actividades del ejercicio.
- c) Información sobre las negativas a conceder una licencia.
- d) Descripción de la estructura jurídica y administrativa de la entidad.
- e) Información sobre las organizaciones participadas por la entidad (de las que ésta tenga acciones o participaciones).
- d) Información de la cantidad total pagada a los directivos durante el ejercicio precedente, así como de los beneficios de que disfrutaban.
- f) Informe sobre el destino de las cantidades deducidas para sufragar servicios sociales, culturales y educativos.
- g) Información sobre ingresos por recaudación, especificando categoría de derechos y tipo de usos.
- h) Información sobre los costes de administración:
  1. Todos los costes de operación y financieros, con desglose por categoría de derechos y explicación del método empleado para la asignación de costes indirectos.
  2. Costes de explotación y financieros propios de la gestión de derechos, con desglose por categoría de derechos.
  3. Costes de explotación y financieros derivados de otros servicios (no de la gestión de derechos), incluidos los servicios sociales, culturales y educativos.
  4. Recursos empleados para cubrir los costes.
  5. Deducciones aplicadas a la recaudación, con desglose por categoría de derechos, tipo de uso, y propósito de la deducción (v.gr., tasa de administración y/o prestación de servicios sociales, culturales y formativos).
  5. Los porcentajes que representan los costes (tanto de gestión como de otros servicios) sobre la recaudación durante el ejercicio fiscal correspondiente, por categoría de derechos.
- i) Información financiera sobre las cantidades correspondientes a los titulares, con los siguientes elementos:
  1. Cantidad total asignada (repartida) a los titulares, desglosando por categoría de derechos y tipo de uso.
  2. Cantidad total abonada a los titulares, desglosando por categoría de derecho y tipo de uso.
  3. Frecuencia de los pagos, con desglose por derecho y tipo de uso.
  4. Cantidades totales recaudadas pero no repartidas, con desglose por categoría de derecho y tipo de uso, indicando el ejercicio fiscal en el que tales cantidades fueron recaudadas.
  5. Cantidades totales repartidas pero no liquidadas, con desglose por categoría de derecho y tipo de uso, indicando el ejercicio fiscal en el que tales cantidades fueron recaudadas.
  6. Cuando la entidad no ha llevado a cabo el reparto y liquidación de derechos en el plazo establecido en el art. 13 (nueve meses), motivos para tal retraso.
- j) Información sobre las relaciones con otras entidades de gestión, incluyendo:
  1. Intercambio de cantidades (pagadas y recibidas), con desglose por categoría de derechos, tipo de uso y entidad.
  2. Costes de administración y otras deducciones aplicadas a las cantidades correspondientes a otras entidades de gestión, con desglose por categoría de derechos y por entidad de gestión.
  3. Costes de administración y otras deducciones aplicadas a las cantidades recibidas de otras entidades de gestión, con desglose por categoría de derechos y por entidad de gestión.
  4. Importes distribuidos a los titulares procedentes de otras entidades de gestión, desglosadas por categoría de derechos y por entidad.

Dicha memoria (o informe) anual de transparencia deberá acompañar, asimismo, un *informe especial* comprensivo de datos e informaciones precisas sobre las cantidades recaudadas con el propósito de financiar servicios sociales y culturales, explicando, además, el destino de tales cantidades, con desglose por servicio sufragado (art. 22.3).

Finalmente, y conforme al art. 22.4, la información contable que figure en el informe anual de transparencia deberá ser *auditada* por personas legalmente habilitadas, y su informe de auditoría (incluidas las salvedades) se incluirá íntegramente en el informe anual de transparencia.

Por lo tanto, y en definitiva, las medidas específicas –que no son las únicas- de transparencia que contiene la Directiva 2014/26/UE, así como las nuevas que introduce en el TRLPI la Ley 21/2014, y las antiguas que aún se mantienen en nuestro ordenamiento jurídico<sup>1002</sup>, apuntan hacia una gestión colectiva necesariamente transparente en todos sus procesos, actividades e iniciativas. Sin dicha transparencia y alejada de las corruptelas propias de la gestión de derechos e intereses ajenos, además de colectivos e intereses difusos, la gestión colectiva perdería toda su virtualidad y acabaría por vulnerar todos los principios y fundamentos en que se apoya. Sólo la gestión colectiva transparente, rigurosa y eficaz merece la pena ser destacada e impulsada

## **4.- CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA GESTIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA.**

### **4.1.- Aspectos generales: fundamento.**

La preocupación y prioridad que la LPI de 1987 ya atribuía a la gestión colectiva de los derechos que regulaba, acorde con los nuevos tiempos y orientaciones seguidas en los países del entorno europeo, fundamentalmente, se manifiesta desde su Preámbulo bajo la necesidad de que los mismos alcanzasen su real efectividad.

Asimismo, en consonancia con esa relevancia anunciada, dentro de su Libro III (*“De la protección de los derechos reconocidos en esta ley”*), dedica el Título IV a *“Las entidades de gestión de los derechos reconocidos en la Ley”* (actuales arts. 147 a 159 TRLPI). Título IV, que

---

<sup>1002</sup> Todas las medidas de transparencia que impone el TRLPI a las entidades de gestión que operan en España serán objeto de análisis seguidamente con motivo de las obligaciones que pesan sobre las entidades de gestión, tanto frente a la Administración Pública, como respecto de los titulares de los derechos y de los usuarios de las prestaciones protegidas por tales derechos.

no sólo aborda los aspectos constitutivos, orgánicos y requisitos de las entidades de gestión, sino que se adentra con buen criterio en el régimen de legitimación especial del que gozan tales personas jurídicas para cumplir sus fines, también especiales, y desarrolla un exhaustivo régimen de obligaciones que pesan sobre las mismas, de cuya vigilancia de cumplimiento y control se encarga el Ministerio de Cultura y, en su caso, las Comunidades Autónomas en cuyo territorio ejerza principalmente su actividad la entidad de gestión (art. 159 TRLPI).

Con la reforma del TRLPI operada por la Ley 21/2014, haciéndose ésta eco parcial de la Directiva 2014/26/UE (que no incorporándola en nuestro ordenamiento), se ha modificado sustancialmente aspectos relevantes del régimen de la gestión colectiva en busca de una mayor transparencia de las entidades de gestión, mayor equidad de su tarifas, mayor control de la Administración Pública, etc.

Régimen de gestión “colectiva” especial que no guarda parangón con ningún otro conocido por nuestro ordenamiento jurídico y que, por tanto, exige una aproximación muy rigurosa y clara frente a los vientos de confusión e improvisadas teorías que ha padecido la gestión de los derechos intelectuales, y los derechos mismos, en la última década como consecuencia de la irrupción de las denominadas tecnologías digitales, en cuyo ámbito los derechos de propiedad intelectual y su forma especial de ejercicio “colectivo” han sufrido un constante hostigamiento.

#### **4.2.- Las entidades de gestión.**

La gestión colectiva se realiza a través de las denominadas entidades de gestión<sup>1003</sup> que, en España, y como se ha dicho *ut supra*, suelen adoptar una base asociativa<sup>1004</sup>. En cualquier caso, lo determinante para una entidad de gestión, con independencia de la forma jurídica que adopte, es su eficacia, transparencia real –no meramente formal- y el rigor que impriman a sus procesos de gestión. Suele ser, asimismo, característica común a las diferentes formas de organización la ausencia de ánimo de lucro en su actividad principal, lo cual no sucede en aquellos países en los que es posible articular la gestión colectiva bajo fórmulas puramente mercantiles.

---

<sup>1003</sup> Según reza en la rúbrica del Título IV, del Libro III, del TRLPI (Ley española), si bien en otros países se han adoptado otras denominaciones tales como “organización de percepción y reparto” en Francia, “sociedades de gestión de los derechos” en Bélgica, “sociedades colectivas” en Grecia y Gran Bretaña, “organización” en los países nórdicos (v.gr., Noruega y Finlandia).

<sup>1004</sup> Nada impide, sin embargo, que otra modalidad asociativa en la que concurren las condiciones precisas para la eficaz gestión sea idónea para el cumplimiento de tales fines, como sucede en algunos países de gran tradición sindical o de corporaciones profesionales (v.gr., en los EEUU, donde el sindicato de actores, SAG-AFTRA, gestiona con eficacia los rendimientos que, conforme a lo pactado con el productor de la obra, corresponden a los actores por la explotación de sus interpretaciones). Incluso en algunos países se ha optado por el régimen de cooperativa, cual es el caso de la GDA, entidad portuguesa de artistas.

Actualmente, en España existen ocho entidades de gestión colectiva de derechos intelectuales que, por su diferente objeto y categorías de titulares (ámbitos de actuación), abarcan todos los derechos y repertorios susceptibles de ser explotados.

La coexistencia de distintas entidades de gestión, según nuestra ley, es ilimitada. Pero en la práctica, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte ha efectuado una delimitación del objeto sobre el que recae la gestión encomendada por ley y por la propia autorización administrativa a cada entidad, de tal suerte que, salvo una excepción (cual sucede entre DAMA y SGAE), cada entidad gestiona los derechos de una determinada categoría de titulares con carácter genérico (autores, actores, bailarines, músicos, guionistas, pintores, productores, etc.).

El anterior principio ha de conjugarse con el propio objeto de la entidad, es decir, los derechos concretos para cuya gestión es autorizada. Con el juego de ambos criterios es posible delimitar perfectamente los derechos gestionados por cada entidad respecto a una concreta categoría de titulares<sup>1005</sup>.

Derivada de nuestra tradición histórica, y de la similitud que encontramos en Derecho comparado, el régimen jurídico de las entidades de gestión se contempla tanto en la normativa específica que las regula, arts. 147 a 162 *quáter* TRLPI, como en la normativa general (la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación).

---

<sup>1005</sup> Así, en España están autorizadas y operando activamente las siguientes entidades de gestión colectiva, con los siguientes ámbitos subjetivos y objetivos de actuación: 1).- *ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES, SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ESPAÑA (AIE)*: Es la entidad de gestión colectiva autorizada para gestionar los derechos de propiedad intelectual de los artistas musicales sobre actuaciones fijadas (cantantes y músicos de orquesta o de grupos); 2).- *ASOCIACIÓN DE GESTIÓN DE DERECHOS INTELECTUALES (AGEDI)*: Esta entidad gestiona los derechos que conforme a la legislación sobre propiedad intelectual corresponden a los productores fonográficos; 3).- *ARTISTAS INTÉRPRETES, SOCIEDAD DE GESTIÓN (AISGE)*: Administra colectivamente los derechos intelectuales de los artistas intérpretes del sector audiovisual (actores, bailarines y directores de escena); 4).- *CENTRO ESPAÑOL DE DERECHOS REPROGRÁFICOS (CEDRO)*: Es la entidad que representa y gestiona los derechos de autores, editores y demás derechohabientes de obras escritas, ya sean obras impresas o susceptibles de serlo, y con independencia de que estén divulgadas en formato analógico o digital, en soporte papel, electrónico o cualquier otro, y cualquiera que sea la forma en que ser presenten para su explotación; 5).- *DERECHOS DE AUTOR DE MEDIOS AUDIOVISUALES ENTIDAD DE GESTIÓN (DAMA)*: Es la entidad que gestiona los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los autores enumerados en los puntos 1 y 2 del art. 87 del TRLPI, es decir, al director-realizador y a los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos de la obra audiovisual; 6).- *ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA)*: Es la entidad que gestiona los derechos correspondientes a los productores de obras y grabaciones audiovisuales; 7).- *SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE)*: Su ámbito de actuación es amplio y comprende los derechos del autor (compositor de la música, guionista y director), editor y demás derechohabientes, tanto del ámbito musical como audiovisual. Asimismo, aunque resulte marginal a los efectos de este estudio, también gestiona derechos de autor de las obras literarias y dramáticas; 8).- *VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN DE ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP)*: Esta entidad gestiona los derechos de autores de obras de la creación visual, es decir: pintores y fotógrafos.

Las entidades de gestión son, en España, y como hemos dicho, asociaciones. Dentro del marco posible que desarrollan los ordenamientos jurídicos contemporáneos al reconocimiento de la personalidad jurídica el legislador tuvo que optar entre el régimen de las entidades sin fines lucrativos: asociaciones y fundaciones; y las entidades con fines lucrativos: sociedades mercantiles, siendo las cooperativas entidades que gozan de caracteres comunes a ambas divisiones atendiendo a su finalidad.

Las asociaciones, además de la finalidad anteriormente descrita, vienen dotadas de la máxima protección que puede existir en un ordenamiento jurídico. Es la Constitución española la que en su art. 22 reconoce el derecho de asociación y diseña las líneas maestras de qué no puede ser una asociación. Curiosamente el desarrollo de este artículo no se produjo hasta el año 2002 estando regidas hasta ese momento por una normativa preconstitucional que quedaba prácticamente derogada ante este reconocimiento constitucional frente a las limitaciones que existían en el régimen anterior ante este tipo de derechos. Derivada de esa escasa regulación positiva y de la finalidad de las mismas, el régimen jurídico asociativo ha estado y está regido por unas líneas de libertad que no podemos encontrar en ningún otro tipo de persona jurídica existente en nuestro ordenamiento jurídico. Las reglas de constitución son extremadamente genéricas y simples destinadas al fomento de este tipo de movimientos ciudadanos con ánimo de repercutir en un beneficio social, de ahí que sean las únicas personas jurídicas que se pueden constituir sin patrimonio fundacional, algo que no existe en nuestro marco de Derecho comparado.

Conviene recordar en este orden de cosas que el art. 20.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la ONU) proclama como ideal común por el que todos los pueblos deben esforzarse, el derecho de toda persona a la libertad de reunión y de asociación pacífica: *nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación*. Principio universal del que se hacen eco la práctica totalidad de las constituciones o leyes fundamentales de cada Estado.

La gestión colectiva se ha de realizar, pues, a través de entidades de gestión que respondan a las siguientes características y requisitos:

- a) Que tengan una naturaleza jurídica asociativa (civil), aunque nada impide otra fórmula jurídica que cumpla con el resto de criterios.
- b) Que carezcan de ánimo de lucro.

- c) Que reúnan unas condiciones técnicas y de infraestructura mínimas que objetivamente puedan asegurar una eficaz administración de los derechos.
- d) Que su intervención en el mercado favorezca los intereses generales de la cultura y de los derechos de autor y derechos conexos.
- e) Que se rijan por normas internas de funcionamiento (estatutos) idóneas para el cumplimiento de sus fines, sin que su objeto social pueda ser distinto al de la administración de los derechos de naturaleza intelectual, con la salvedad de los fines sociales, asistenciales y culturales que, con carácter complementario, puedan desarrollar.
- f) Que su funcionamiento interno responda a un régimen democrático y participativo de los socios en las decisiones trascendentes de la entidad.
- g) Que se doten de un sistema de reparto o distribución de las remuneraciones recaudadas colectivamente equitativo y que excluya la discriminación.
- h) Que establezcan un mecanismo de control de gestión por parte de los titulares de los derechos.
- i) Que se oriente hacia una gestión transparente frente a los titulares, usuarios y el conjunto de la sociedad.

### **4.3.- Régimen de obligaciones de las entidades de gestión.**

#### **4.3.1.- Marco regulatorio.**

El marco regulatorio de las entidades de gestión se establece por la vigente Ley de Propiedad Intelectual en el Título IV, del Libro III, bajo la rúbrica *Las entidades de gestión de los derechos reconocidos en la Ley*. La reforma que del TRLPI ha operado la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, establece un nuevo régimen de obligaciones sobre todo enfocadas hacia el utilizador o usuario de las prestaciones artísticas y hacia el titular de los derechos administrados; todo ello en búsqueda de una mayor transparencia, tal cual lo hace, si cabe con mejor sistemática, la Directiva 26/2014/UE, a la que dedicaremos la parte final de este Capítulo y a la que la Ley 21/2014 tan sólo sigue parcialmente, habiendo perdido una gran oportunidad el legislador nacional para converger definitivamente hacia la armonización comunitaria.

En dicho Título, junto con las facultades de autorización y control que se atribuyen sobre tales entidades al actual Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, se compendian una serie de facultades-obligaciones que vinculan a este tipo de entidades y que, en atención a los sujetos



pasivos respecto a los que la ley establece el vínculo obligacional, podemos clasificar del siguiente modo:

- Obligaciones de las entidades frente a la Administración Pública.
- Obligaciones de las entidades de gestión en relación con titulares de los derechos administrados.
- Obligaciones de las entidades respecto de los usuarios –utilizadores o explotadores- de las obras o prestaciones (interpretaciones audiovisuales).

El especial y riguroso régimen de obligaciones que el TRLPI –también la Directiva 26/2014/UE- impone a las entidades de gestión es correlativo al haz de facultades y prerrogativas especiales con que el propio marco normativo les dota para cumplir unos fines complejos y singulares, así como con el interés general de la protección de la propiedad intelectual en España y la eficacia de la gestión colectiva que exige el art. 148.1.b) y c) del TRLPI.

Asimismo, la administración colectiva –y masiva- de intereses económicos y derechos ajenos ha de exigir un *plus* de diligencia, transparencia, rigor y control muy superior a otras actividades y estructuras o figuras jurídicas, que justifican *per se* un amplio elenco de obligaciones y facultades especiales, así como un régimen de control y garantías múltiples, pues no sólo la Administración Pública ostenta tales facultades sino que los propios titulares –y principales interesados- son los que han de vigilar y exigir el cumplimiento de las obligaciones legales que pesan sobre las entidades de gestión.

#### **4.3.2.- Las obligaciones de las entidades de gestión frente a la Administración Pública: control, vigilancia y régimen sancionador.**

El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte es el órgano de tutela, vigilancia y control de las entidades de gestión, *ex art.* 159 TRLPI, sin cuya autorización no pueden desarrollar su actividad ninguna persona jurídica que pretenda convertirse en entidad de gestión, si bien la generalidad de las funciones que sobre el particular le atribuye el TRLPI y la STC 196/1997, de 13 de noviembre, deja abierta la vía del control de la gestión de tales entidades a las respectivas Comunidades Autónomas dentro del ámbito territorial de cada una de ellas<sup>1006</sup>. Posibilidad que

---

<sup>1006</sup> El art. 155.1.b del Estatuto de Autonomía de Cataluña, sin embargo, da lugar a una nueva situación en virtud de la cual la Comunidad Autónoma, en colisión con las facultades propias y exclusivas del Ministerio de Cultura (art. 149.1.9ª CE), vendría facultada también para autorizar o revocar la constitución de entidades de gestión.

ahora se prevé de manera expresa en el citado art. 159 TRLPI. Este precepto, junto con otros que recogen las obligaciones de las entidades de gestión frente a la Administración, ha sido objeto de un profundo cambio en la reciente de la reforma del TRLPI operada a través de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre. Además, se han incorporado al texto legal los art.162 *ter* y 162 *quater*, que recogen un catálogo de infracciones y sanciones a las entidades de gestión.

Las facultades conferidas a la Administración pública se concretan, principalmente y en primer lugar, en la concesión de la autorización, que constituye una forma de control de viabilidad y eficacia previa al inicio de la actividad de las entidades de gestión (art. 148 TRLPI), y la revocación de tal autorización, que supone un control *ex post*, que se puede dar respecto de una entidad de gestión de la cual se pusiera de manifiesto algún hecho que pudiera haber originado la denegación de la autorización o que ha incumplido gravemente las obligaciones legales y no ha subsanado tal incumplimiento en el plazo conferido al efecto (art.149 TRLPI).

En segundo lugar, y como tendremos ocasión de comprobar, el control o la tutela que ejerce el Ministerio de Cultura va más allá de la concesión o revocación de la autorización administrativa, y se manifiesta, o al menos constituye una posibilidad o facultad administrativa, también durante la vida de la entidad de gestión (*v. gr.*, velando por el cumplimiento de las obligaciones que incumben a las entidades de gestión, y con este fin, podrá realizar las actividades de inspección y control que consideren convenientes, recabando, cuando resulte necesario, la colaboración de otras entidades públicas o privadas como señala el nuevo art. 157 *bis*.). A ello se añade el régimen sancionador de las entidades de gestión por parte del Ministerio, que aparece tras la reciente reforma.

Este bloque de facultades de control y de la recíproca obligación que pesa sobre las entidades de gestión persiguen la tutela y vigilancia constante de la actividad de las mismas con el propósito de que, en todo momento, cumplan con el resto de obligaciones y fines que el TRLPI les impone. Veamos en qué consisten las diferentes facultades de control o tutela que el Ministerio de Cultura ostenta sobre las entidades de gestión:

**(i).**- La facultad de *autorizar* entidades de gestión (arts. 147 y 148 TRLPI);

**(ii).**- La *revocación* que compete operar al Ministerio de Cultura le obliga a valorar y constatar algún hecho sobrevenido que de haberse conocido antes de la autorización esta hubiera sido

denegada o, sencillamente, el incumplimiento de las obligaciones que impone el TRLPI a cualquier entidad de gestión<sup>1007</sup>;

(iii).- Facultades de *control, inspección y vigilancia* contenidas ex. arts. 157bis y 159 TRLPI<sup>1008</sup>;

(iv).- *Otras facultades administrativas de control*: Las facultades tuitivas y de control del Ministerio de Cultura no se agotan en los actos de concesión y revocación de la autorización administrativa de la entidad, sino que se ejercen igualmente durante toda la vida de la entidad:

a) Control indirecto sobre el contenido tipo de los *contratos de gestión* (art. 153 TRLPI);

b) Control sobre el *destino de las sumas recaudadas*, tanto del reparto, - identificación y localización entre sus legítimos titulares (art. 154 TRLPI)-, como del destino de cantidades a diversos fines, tales como fondos sociales o de formación, promoción de la oferta digital legal, acrecer el reparto, la financiación de una ventanilla única de facturación y pago, concesión de anticipos a los miembros de la entidad, y concesión de créditos o préstamos, directa o indirectamente, fianzas, avales o garantizar obligaciones de terceros. (art. 155 TRLPI);

---

<sup>1007</sup> Es necesario un previo apercibimiento y la concesión de un plazo de tres meses para subsanar o corregir los hechos (art. 149 TRLPI). La previsión de esta facultad de revocación de la autorización pone de relieve la continuidad del control administrativo respecto de la actividad de las entidades de gestión ya autorizadas. Resulta evidente que la revocación de la autorización concedida por enterarse *a posteriori* el Ministerio que no concurren en la entidad solicitante algunos de los requisitos o criterios anteriormente examinados, puede deberse tanto a un ocultamiento o engaño por parte de la entidad solicitante respecto de la información facilitada al órgano administrativo, como a una errónea valoración por parte de la Administración de la información facilitada y recabada sobre la entidad solicitante que le llevara a concluir que la misma gestionaría de manera eficaz los derechos de propiedad intelectual y, por consiguiente, que la misma era merecedora de tal autorización. A este supuesto se añade otro por el cual el Ministerio puede acordar la revocación de la autorización conferida, la infracción grave de las obligaciones establecidas en el Título VI, Libro III. Sea como fuere, en ambos supuestos, el TRLPI prevé conceder un plazo no inferior a tres meses a la entidad para que subsane o corrija los hechos señalados, pero lo cierto es que tal subsanación o corrección se limita a los supuestos de que hubiera incumplido alguna de las obligaciones establecidas en la Ley para las entidades de gestión o que los estatutos no cumplieran con lo previsto en el art. 151, puesto que el resto de criterios que pudieron ser tenidos en cuenta para conceder a la entidad solicitante la autorización son de difícil subsanación o corrección -piénsese, por ejemplo, que el Ministerio considera que el número de titulares que le confiarían su gestión no es suficiente o que no tiene la capacidad suficiente para gestionar los derechos en el extranjero.

<sup>1008</sup> El art. 157 bis TRLPI, incorporado al texto legal a raíz de la reforma operada a través de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, prevé una *facultad genérica de vigilancia* de las administraciones competentes sobre el cumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos en la Ley a cargo de las entidades de gestión autorizadas. Para cumplir tal competencia el párrafo segundo de este apartado faculta al Ministerio para *exigir* de las entidades de gestión cualquier información, recabando, cuando resulte necesario, la colaboración de otras entidades públicas o privadas. Por tanto, la obligación de controlar el cumplimiento de las obligaciones de las entidades de gestión corresponde a las administraciones competentes (el Ministerio o los órganos competentes de la Comunidad Autónoma, según el ámbito de actuación de la entidad y lo previsto en el art. 159 TRLPI). El apartado 2 del art. 159 confiere las facultades de inspección, vigilancia y control, incluido el ejercicio de la potestad sancionadora, a la Comunidad Autónoma *en cuyo territorio desarrolle principalmente su actividad ordinaria*. Se entiende que concurre tal condición cuando el domicilio de la entidad radique en el territorio de la correspondiente Comunidad y, cumulativamente, el domicilio de sus socios (al menos el 50%) y el principal ámbito de recaudación (más del 60%) se circunscriba a dicho territorio. En todo caso, para las entidades que, de acuerdo con lo anterior, no estén sometidas a las competencias de una Comunidad Autónoma, las funciones de inspección, vigilancia y control, incluido el ejercicio de la potestad sancionadora, corresponden al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. La autorización y revocación de entidades de gestión compete, en todo caso, al Ministerio y no a las Comunidades Autónomas -conforme al procedimiento sancionador previsto en la Ley 30/1992-, así como la aprobación de las modificaciones estatutarias de las entidades de gestión.

- c) Control de la *documentación contable* de la entidad (art. 156 TRLPI), comprensivo al menos de balance y memoria de actividades anuales, con informe de auditor independiente; siendo uno de los aspectos que más nivel de detalle y exigencia ha desarrollado la reforma legal;
- d) Control del *cumplimiento de las obligaciones frente a los usuarios y los titulares* (art. 157 TRLPI). Tales obligaciones se han visto notablemente ampliadas por la reforma legal introducida por ley 21 / 2014, de 4 de noviembre<sup>1009</sup>;
- e) Control por la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, adscrita al Ministerio de Cultura (art 158 *bis* TRLPI)<sup>1010</sup>.

**(v).- Régimen de sanciones**

La Ley diseña en los arts. 162 *bis*, 162 *ter*, art. 162 *quater* un nuevo régimen en materia de control, responsabilidad administrativa y sanciones de las entidades de gestión. Así, incorpora, por un lado, un elenco de infracciones, graduadas como muy graves, graves y leves, en atención a la obligación incumplida; y por otro, sanciones que van desde la *inhabilitación para operar como entidad de gestión*, a multas *de entre un 1 y un 2 por 100 de la recaudación total obtenida por la entidad de gestión en el año anterior a la fecha de imposición de la multa*.

Resultan especialmente relevantes las siguientes infracciones, calificadas como muy graves: a) La ineficacia manifiesta y notoria en la administración de derechos, *circunstancia que habrá de apreciarse respecto del conjunto de los usuarios de dichos derechos y no de forma aislada o individual*; b) El incumplimiento grave y reiterado del art. 151.2 TRLPI, es decir, cuando se realicen de *manera directa o indirecta* actividades contrarias o que excedan del objeto y fines de una entidad de gestión. En este sentido es importante advertir que hay conductas que por su gravedad, aún ejecutadas de manera ocasional, merecen la revocación de la autorización.

---

<sup>1009</sup> En relación con el análisis de las nuevas obligaciones introducidas a través del citado precepto, con el objeto de no extendernos, nos remitimos a los epígrafes correspondientes en los que se trata dicho estudio – epígrafes 4.3.4. y 4.3.3 del presente Capítulo.

<sup>1010</sup> Conforme al art. 158 *bis*, 4, la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual, en ejercicio de su función de control, velará porque las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión en cumplimiento de sus obligaciones, sean equitativas y no discriminatorias. En caso de apreciarse un incumplimiento de estas obligaciones, se comunicará esta circunstancia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a los efectos oportunos.

Para completar el régimen sancionador, la Ley añade un nuevo precepto, el art. 162 *quáter*, con las sanciones aplicables en función de la gravedad de la infracción.

La inhabilitación para operar como entidad de gestión, -prevista en el anterior art. 149 TRLPI bajo la fórmula de revocación de la autorización-, se incorpora al elenco de sanciones del nuevo art. 162 *quáter*. Dicha sanción máxima está limitada a las infracciones muy graves y su imposición queda reservada al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. No obstante, por la comisión de infracciones graves también puede imponerse multa económica, sin que se establezca ningún criterio de preferencia entre una y otra sanción, con lo cual, aun a efectos de mera hipótesis, cabría la posibilidad de que una Comunidad Autónoma respecto a un entidad de gestión sometida a su control iniciase un procedimiento por una infracción muy grave, a la par y en concurrencia con el Ministerio, por entender éste que la infracción es causa de inhabilitación.

El aspecto más criticable son las sanciones pecuniarias tanto por su relevancia económica (pueden llegar al 2% de la recaudación total del ejercicio anterior, y en defecto de recaudación en el año anterior, se podrá imponer una multa no superior a 800.000 ni inferior a 400.001 euros) como por el perjuicio injustificado que ocasionarían a todos los titulares administrados.

Otra de las principales novedades de esta Ley consiste en que, *una vez iniciado el procedimiento sancionador por la comisión de una infracción grave*, cuando concurren *razones de urgencia justificadas por la dificultad o impedimento objetivo de reinstaurar el procedimiento de la legalidad*, la autoridad competente puede acordar solicitar al Juez correspondiente del domicilio social de la entidad, la remoción de los órganos de representación y su intervención temporal, mediante la designación de un gestor interino (no se especifican la condiciones que ha de reunir dicho gestor, ni si el mismo ha de ser una persona ajena o vinculada con la Administración) que asumirá las funciones legales y estatutarias de los órganos de representación de la entidad.

Las finalidades de la intervención temporal – especificadas en el apartado 8, letra c) del art. 162 *quáter*- son las siguientes: i).- regularizar el funcionamiento de la entidad, y ii).- clarificar su gestión y adoptar e implantar cuantas medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las obligaciones legales. El plazo máximo de la intervención es de seis meses, prorrogable por igual periodo.

Las funciones de la intervención que, en principio, se revelan amplias e imprecisas, ya que el interventor podría adoptar e implantar prácticamente cualesquiera medidas para el cumplimiento

de las obligaciones legales, se limitan a las funciones legales y estatutarias de los órganos de representación. Dado el carácter excepcional de esta medida, debieran reducirse aún más las funciones de este interventor, para dejarlas circunscritas a las estrictamente necesarias para el funcionamiento ordinario de la entidad y para evitar perjuicios a los socios, atendiendo al carácter necesario y urgente de su adopción, hasta la designación por los propios socios de un nuevo órgano de representación.

#### **4.3.3.- Las obligaciones de las entidades de gestión frente al titular de los derechos administrados.**

El TRLPI, como no podría ser de otro modo, impone una serie de obligaciones a las entidades destinadas a regular su actividad de cara los titulares administrados, como garantía de que las mismas cumplen la función para la que han sido autorizadas, a saber: la gestión de los derechos que corresponden a dichos titulares de derechos y la defensa de la propiedad como razón imperiosa de interés general.

No obstante, la regulación de estas obligaciones ha sido objeto de una profunda reforma operada a través de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre. Dicha regulación, no era sistemática en la anterior redacción de los preceptos que las regulan, ni dicho defecto ha sido subsanado a través de la reforma. Más bien al contrario, se halla dispersa en varios artículos del Título IV del Libro III del TRLPI. En concreto deberemos acudir a los arts. 151, 152, 153, 154, 155 y 157 TRLPI, de los cuales se extraen las siguientes obligaciones:

- (i).- *Obligación de repartir los derechos recaudados equitativamente entre los titulares de las obras o producciones utilizadas, con arreglo a un sistema predeterminado en los estatutos y que excluya la arbitrariedad:***

En relación con esta obligación, y a la vista de la reforma del art. 154 TRLPI, el cual, junto con las obligaciones ya recogidas en la anterior redacción, añade nuevas obligaciones que a continuación tendremos oportunidad de ver, dispone que: *1. El reparto de los derechos recaudados se efectuará equitativamente entre los titulares de las obras o prestaciones utilizadas, con arreglo a un sistema predeterminado en los estatutos y que excluya la arbitrariedad. El reparto y pago de derechos se efectuarán diligentemente. 2. La participación de los titulares en el reparto de los derechos recaudados por la entidad de gestión será proporcional a la utilización de sus obras o prestaciones.* De manera que se considerarán

principios informadores de la distribución de derechos: a) el de *proporcionalidad*; b) el de *equidad*; c) el de *no arbitrariedad*; d) el principio de *predeterminación*; e) añade la nueva redacción del precepto que *el reparto y el pago se efectuarán diligentemente*<sup>1011</sup>.

(ii).- *Obligación de aceptar la administración de los derechos intelectuales que les sean encomendados por sus titulares según prevé el art. 152 del TRLPI:*

Esta obligación, con carácter general, podría ser enunciada como aquélla que conlleva aceptar la administración de los derechos de propiedad intelectual que les sean encomendados de acuerdo con el objeto o fines fijados en los estatutos. Ahora bien, atendiendo a los distintos sistemas de gestión colectiva tiene un alcance distinto. En el caso de los derechos de gestión colectiva voluntaria se traduce en aceptar la encomienda de gestión que los titulares realizan a través del contrato de gestión (al que alude el art. 153 TRLPI). Sin embargo, la encomienda de gestión de los derechos de gestión colectiva obligatoria procede de la propia ley sin que sea precisa encomienda expresa por parte de sus titulares.

Esta obligación faculta al titular para exigir frente a la entidad correspondiente que asuma la administración de sus derechos y, por tanto, la efectividad de los mismos. En el caso de los derechos exclusivos, la entidad no podrá negarse a suscribir el correspondiente contrato de gestión con el titular. Y, para los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria, conlleva la obligación de hacer efectivos todos aquellos derechos comprendidos en su ámbito estatutario (objetivo y subjetivo) y efectuar su reparto entre los legítimos titulares, incluso, aun cuando no siendo integrantes de la entidad los mismos reclamen el pago a la misma.

(iii).- *Obligación de hacer efectivos los derechos cuya gestión colectiva obligatoria viene impuesta legalmente:*

Esta obligación, como hemos visto, vincula doblemente a la entidad, frente a los usuarios y frente a los propios titulares. En este caso la obligación de hacer efectivos los derechos administrados y su correlativa exigibilidad por parte de sus titulares, no se refiere a los derechos encomendados a través del contrato de gestión, sino a aquellos que no precisan de tal encomienda por venir impuesta su gestión colectiva en la propia ley como son los derechos a las

---

<sup>1011</sup> El estudio de estos criterios lo realizamos en el epígrafe 5.2.2 del presente Capítulo, en el que se analiza la fase de distribución y las normas de reparto.

remuneraciones equitativas correspondientes a los distintos supuestos previstos en la ley, así como a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable.

El cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre la entidad de gestión es exigible ante el órgano administrativo de control y ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

(iv).- *Obligación de que los estatutos de la entidad de gestión necesariamente regulen determinados medios de control y garantías para los titulares de los derechos administrados según el art. 151 TRLPI:*

La autorización por parte del Ministerio de Cultura para la gestión colectiva de derechos intelectuales precisa, entre otras condiciones y como requisito *sine qua non*, el que los estatutos de la entidad solicitante cumplan los requisitos establecidos en el Título IV del Libro III del TRLPI. En concreto, los arts. 148, 152, 153, 154 del TRLPI regulan de manera específica cuál es el contenido de los estatutos de una entidad de gestión, de manera que, fundamentalmente, se regulan cuáles son las condiciones y obligaciones de la entidad para con el titular<sup>1012</sup>.

(v).- *Las modificaciones de los estatutos de las entidades de gestión deben ser aprobadas por los socios a través de su respectiva Asamblea General, ello sin perjuicio de que una vez aprobadas deben someterse a la aprobación del Ministerio de Cultura ex art. 159.1.b) del TRLPI.*

A través de esta garantía, son los propios socios, en última instancia, quienes pueden controlar a lo largo de la vida de la entidad el que ésta se ajuste a las normas estatutarias, cuya idoneidad para garantizar la efectividad de sus derechos posibilitó la concesión de la oportuna autorización. Gozan de un medio de control absoluto para controlar y evitar, en suma, cualquier desviación de

---

<sup>1012</sup> En consecuencia, del contenido de los estatutos podemos deducir las siguientes obligaciones: a) Obligación de establecer *las clases de titulares de derechos comprendidos en la gestión y, en su caso, las distintas categorías de aquéllos a efectos de su participación en la administración de la entidad*; b) Obligación de establecer *las condiciones para la adquisición y pérdida de la cualidad de socio; los derechos de los socios y, en particular, el régimen de voto, que podrá establecerse teniendo en cuenta criterios de ponderación que limiten razonablemente el voto plural*. La nueva redacción del precepto, en relación con el régimen de voto, añade la siguiente: *garantizando, en todo caso, una representación suficiente y equilibrada del conjunto de asociados. Dichos criterios de ponderación podrán basarse únicamente en la duración de la condición de socio en la entidad de gestión, en las cantidades recibidas en virtud de dicha condición o en ambos*. Los deberes de los socios y su régimen disciplinario; c) Obligación de establecer *el procedimiento de elección de los socios administradores, así como los órganos de gobierno y representación de la entidad y su respectiva competencia, así como las normas relativas a la convocatoria, constitución y funcionamiento de los de carácter colegiado, con prohibición expresa de adoptar acuerdos respecto de los asuntos que no figuren en el orden del día*; d) Obligación de *predeterminar las reglas a que han de someterse los sistemas de reparto de la recaudación* que, como se ha advertido deberán de ajustarse por imperativo legal a los principios de equidad, proporcionalidad y exclusión de la arbitrariedad; e) Obligación de *fixar el régimen de control de la gestión económica y financiera de la entidad*; f) Asimismo, los estatutos deben establecer las adecuadas disposiciones para asegurar una gestión libre de influencias de los usuarios de su repertorio y para evitar una injusta utilización preferencial de sus obras (ex art. 151.13 del TRLPI).



la actividad de la entidad, la alteración de sus derechos societarios, el establecimiento de principios no equitativos o proporcionales en la distribución de sus derechos mediante la modificación de las normas que disciplinan el reparto de derechos, etc.

**(vi).-** *Obligación de regular un procedimiento de tratamiento y resolución de las reclamaciones y quejas planteadas por los miembros.*

Esta obligación, incorporada al texto normativo en el nuevo apartado 14 del art. 151 TRLPI, se refiere *particularmente* a las quejas y reclamaciones y quejas planteadas por los miembros en lo relativo a las condiciones de adquisición y pérdida de socio, a los aspectos relativos al contrato de gestión y a la recaudación y reparto de derechos.

**(vii).-** *Obligación de realizar actividades de carácter asistencial, de formación y de promoción.*

El art. 155 TRLPI impone una obligación adicional, distinta e independiente de la gestión de derechos, como es *la promoción de actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios, así como la realización de actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes*. La nueva redacción del art. 155 TRLPI añade una nueva obligación que se concreta, por un lado, en fomentar *la oferta digital legal de las obras y prestaciones protegidas cuyos derechos gestionan*, y, por otro, fomentar *la integración de autores y artistas con discapacidad en su respectivo ámbito artístico, o ambos, así como la promoción de la oferta digital de sus obras, creaciones y prestaciones, y el acceso de las personas discapacitadas a las mismas en el ámbito digital*<sup>1013</sup>.

**(viii).-** *Obligación de informar a los miembros que lo soliciten por escrito sobre las personas que formen parte de la alta dirección y de los órganos de representación de la entidad (incluidas las comisiones de trabajo en las que participen) así como de sus retribuciones y demás percepciones*<sup>1014</sup> (art. 157.1.g.2º TRLPI):

---

<sup>1013</sup> A tales fines se obliga a las entidades de gestión a dedicar por partes iguales, el porcentaje de la remuneración compensatoria prevista en el art. 25 de esta Ley, que reglamentariamente se determine (porcentajes que han sido determinados reglamentariamente por la disposición adicional primera del R.D. 1657/2012 que derogó el anterior R.D. 1434/92, de 27 de noviembre). Asimismo, las entidades, mediante el correspondiente acuerdo de sus órganos de gobierno, pueden destinar una cantidad de los otros derechos recaudados, siempre que con ello no vulneren los principios que han de regir el reparto (art. 154 TRLPI). Sobre este extremo volveremos más adelante.

<sup>1014</sup> Esta información, no obstante, se podrá facilitar de forma global por concepto retributivo, recogiendo de manera separada la del personal de alta dirección del resto de miembros de los órganos de gobierno y comisiones.

Si bien no se exige que tal solicitud esté debidamente razonada, a pesar de tratarse de datos personales, cuya entrega a terceros podría suponer infracción de la normativa en materia de protección de datos personales (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal), se presenta necesario la conciliación del principio de transparencia con los derechos de los interesados a los que se refiere una información que pudiera afectar a la esfera íntima de las personas<sup>1015</sup>.

**(ix).- Obligación de rendición de liquidaciones y pagos a los miembros y a los titulares no miembros, concretada en aquellos datos relativos al derecho y modalidad, periodo de devengo, origen o procedencia de la recaudación y deducciones aplicadas** (art. 157.1.h).

La obligación de información regulada en nuestra norma coincide en lo esencial con la estipulada en el art. 18 de la Directiva 2014/26/UE, salvo en los siguientes extremos requeridos por la Directiva y no por nuestra legislación: datos de contacto que el titular de derechos haya autorizado a la entidad de gestión colectiva a utilizar a fin de identificarlo y localizarlo; ingresos de derechos atribuidos al titular de derechos que estén pendientes de pago<sup>1016</sup>.

**(x).- Obligación de elaborar un presupuesto anual de ingresos y gastos, de recaudación y de reparto, que será aprobado antes del inicio del ejercicio y que será puesto a disposición de los miembros de la entidad, con una antelación mínima de 15 días a la celebración de la reunión del órgano competente para su aprobación** (art. 157.1.k TRLPI).

#### **4.3.4.- Obligaciones de las entidades de gestión con los usuarios de las obras o prestaciones artísticas protegidas.**

Bajo la rúbrica “otras obligaciones” el art. 157 TRLPI agrupa una serie de mandatos como contrapartida al especial estatus y facultades que se atribuyen a las entidades de gestión para actuar como tales, y que afectan, fundamentalmente, a sus relaciones con los usuarios de las

---

<sup>1015</sup> Vid. Informe jurídico 0121/2012 de la AEPD, relativo a una consulta sobre la conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y en su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de la transmisión a determinados colegiados de información, incorporando información referida a las concretas retribuciones que se abonan al personal contratado por la Consultante, bien en virtud de contratos de arrendamiento de servicios de naturaleza no laboral, bien como consecuencia del vínculo laboral existente entre la Corporación y sus empleados.

<sup>1016</sup> Las anteriores obligaciones se hacen extensivas respecto a titulares no miembros de la entidad, cuando ésta administre derechos de gestión colectiva obligatoria. Se trata de una obligación lógica y coherente con el especial sistema de gestión colectiva obligatoria que establece el TRLPI respecto de esta categoría de derechos.

obras o prestaciones artísticas protegidas, pues son ellos los que han de hacer efectivos los derechos administrados mediante el pago de las tarifas correspondientes.

Hemos de advertir, no obstante, que tales obligaciones –aunque sistematizadas en un mismo precepto- se refieren a formas de gestión que son distintas entre sí: la gestión colectiva voluntaria de derechos exclusivos de autorizar y la gestión colectiva obligatoria de los distintos derechos de remuneración previstos en la ley. Todo ello nos obliga a analizar de manera particular las obligaciones enunciadas, sin ánimo de exhaustividad, pero de modo que nos permita fijar las premisas fundamentales de cada una de ellas y las diferencias inherentes a la gestión colectiva voluntaria y a la gestión colectiva obligatoria, dado que las mismas serán objeto de estudio más detallado en los siguientes epígrafes con motivo de las normas, reglas y principios que rigen la fase de recaudación de los rendimientos económicos generados por las obras o prestaciones artísticas, y muy especialmente por lo que concierne al análisis del establecimiento y negociación de las tarifas generales.

Por tanto, y sin perjuicio de su posterior desarrollo, el conjunto de obligaciones que el TRLPI impone a las entidades de gestión frente a los usuarios de los repertorios que administran puede ser anticipado en la siguiente forma:

- (i).- La obligación de contratar con quien lo solicite la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración - art. 157.1.a TRLPI). Las condiciones de la autorización y la remuneración, a través de las tarifas generales, las fija unilateralmente la propia entidad de gestión, si bien está igualmente obligada a negociarlas con los usuarios, tal y como se infiere del apartado 2 del art. 157 TRLPI.
- (ii).- La obligación de establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa. La citada obligación se prevé expresamente en el art. 157.1 b TRLPI.
- (iii).- La obligación de suscribir contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente (art. 157.1.c TRLPI).

- (iv).- La obligación de hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en la ley (art. 157.4 TRLPI).
- (v).- Obligaciones de transparencia e información frente a los usuarios (art. 157.1.d, e y f TRLPI), con el propósito de que los mismos puedan conocer el repertorio y los elementos considerados para su valoración económica, etc.

## **5.- LA GESTIÓN COLECTIVA OBLIGATORIA DE LOS DERECHOS DE REMUNERACIÓN SOBRE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES.**

### **5.1.- Delimitación.**

Explicadas las distintas formas de ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en general, y sus características principales, nos hallamos en disposición de afrontar la especial forma de ejercicio colectivo obligatorio que impone el TRLPI respecto de los derechos de remuneración que atribuye a los artistas sobre sus interpretaciones audiovisuales.

Los derechos exclusivos de autorizar que dicho cuerpo legal atribuye al artista sobre tales interpretaciones audiovisuales se presumen *iuris tantum* cedidos al productor (*ex art. 110 TRLPI*), en tanto que las facultades morales son ejercitadas por los artistas titulares originarios de esas prestaciones durante su vida o por sus herederos o personas legitimadas *post mortem*, y cuyo estudio ya desarrollamos en los anteriores Capítulos IV y VI de esta Tesis.

Por tanto, la gestión colectiva obligatoria de los derechos de remuneración de los actores y bailarines, principalmente, es el objeto de la actividad de AISGE, de manera que el estudio de esta modalidad de ejercicio respecto de las interpretaciones audiovisuales pasa, necesariamente, por traer a colación todo el marco general anticipado en los epígrafes precedentes de este Capítulo, y aplicarlo de manera específica a la gestión que desarrolla AISGE, al tiempo que precisa de un análisis jurídico más detallado de aspectos tan esenciales como el régimen de establecimiento de tarifas generales –con las novedades introducidas por la Ley 21/2014–, así como de los procesos y criterios de distribución de los rendimientos económicos recaudados colectivamente por la entidad de gestión. Ambos extremos son de tal envergadura y

trascendencia para la eficacia de los derechos objeto de su gestión que, para su mejor análisis, distinguiremos entre la fase de recaudación y la de fase de distribución, para luego completar con otros aspectos vinculados a dicha forma de ejercicio.

## **5.2.- Las reglas que disciplinan las principales fases de la gestión colectiva de los derechos de remuneración.**

### **5.2.1.- La fase de recaudación y las tarifas generales.**

#### 5.2.1.1.- Aspectos generales.

La recaudación de los derechos se presenta como la vía de ingresos de las entidades de gestión que ha de derivar en un reparto a los titulares de los mismos deducida la tasa de administración. La recaudación va a depender de los derechos de propiedad intelectual que tenga encomendados la respectiva entidad atendiendo a la habilitación legal de los mismos y al respectivo contrato de gestión.

AISGE está autorizada para recaudar los derechos de explotación que corresponden a los artistas intérpretes de las siguientes categorías: actores (de voz e imagen o sólo de imagen), dobladores (actores de voz), bailarines (intérpretes de obras coreográficas) y directores de escena; siempre que sus interpretaciones hayan sido fijadas en cualquier soporte audiovisual o sonoro, y que tales interpretaciones se encuentren protegidas conforme a los criterios del art. 164 TRLPI.

Por su parte, el TRLPI obliga a los usuarios de estas grabaciones al pago de ciertas cantidades como consecuencia de la realización de ciertos actos de explotación. Tales son los casos de la comunicación pública –incluida la puesta a disposición– y las operaciones de alquiler. AISGE recauda estos derechos mediante el cobro a cada usuario, bien a través de la suscripción de contratos individuales, bien a través de la gestión directa del cobro. Además, realiza un seguimiento y control permanente del mercado con el fin de identificar aquellas empresas que, por falta de información o de manera intencionada, incumplen sus obligaciones legales en materia de derechos de propiedad intelectual. También recauda la compensación equitativa por copia privada.

Los deudores obligados al pago de estos derechos, conforme al TRLPI (arts. 108.5, 108.3 y

109.3), son las personas físicas o jurídicas que realicen alguno de los siguientes actos: (a) comunicación al público de grabaciones audiovisuales, siempre que contengan interpretaciones incluidas en el repertorio administrado por AISGE<sup>1017</sup>; (b) actos de puesta a disposición interactiva de interpretaciones audiovisuales fijadas, de tal modo que los miembros del público puedan acceder a dichas interpretaciones desde el lugar y en el momento que cada uno elija, sin que haya habido una previa distribución de ejemplares físicos; (c) actos de alquiler<sup>1018</sup> de grabaciones audiovisuales que contengan interpretaciones incluidas en el repertorio administrado por AISGE<sup>1019</sup>.

En relación con la compensación equitativa por copia privada (art. 25, en relación con el 31, TRLPI) cumple advertir que desde el 1 de enero de 2012 los deudores de la misma dejaron de ser los importadores o fabricantes, o sucesivos adquirentes para la distribución comercial en territorio nacional, de aparatos o soportes idóneos para la reproducción de contenidos protegidos. pasando el Estado a asumir la obligación de pago de la referida compensación, a través de los Presupuestos Generales del Estado<sup>1020</sup>.

#### 5.2.1.2.- Régimen especial de legitimación (art. 150 TRLPI).

La legitimación<sup>1021</sup> consiste en la vinculación de un sujeto con un objeto litigioso determinado, habilitándole para solicitar una sentencia de fondo. La cuestión de la legitimación de las entidades de gestión colectivo de derechos de propiedad intelectual tiene, como veremos, una importancia capital: estas entidades actúan administrando derechos por cuenta e interés de terceros –titulares de derechos de propiedad intelectual- y, por tanto, para la correcta defensa de los intereses que tienen reconocidos, precisan de una legitimación especial para que la eficacia de los derechos sobre obras o prestaciones de consumo masivo alcance su fin natural. De no ser

---

<sup>1017</sup> *V.gr.*, la proyección o exhibición cinematográfica, la emisión y/o retransmisión, la radiodifusión por satélite, la transmisión y/o retransmisión por cable y la emisión en un lugar accesible al público

<sup>1018</sup> Nótese que el alquiler, como una modalidad de distribución, implica la puesta a disposición del público de un ejemplar físico de la interpretación fijada, ya sea el original o una reproducción del mismo.

<sup>1019</sup> Los principales usuarios del repertorio administrado por AISGE y, por tanto, deudores de la remuneración correspondiente se agrupan, pues, en las siguientes categorías: (a) usuarios por actos de comunicación al público: televisiones, autonómicas o locales, ya sea por transmisión o retransmisión inalámbrica, cable o conexión ADSL y por satélite; salas de exhibición cinematográfica; medios de transporte que utilicen grabaciones audiovisuales para entretenimiento a bordo; hoteles, restaurantes, cafeterías, hospitales y otros establecimientos de restauración u hospedaje que realicen cualquier acto de comunicación pública de grabaciones audiovisuales; (b) operadores de redes de telecomunicaciones y demás prestadores de servicios en la sociedad de la información que realicen actos de puesta a disposición interactiva de grabaciones audiovisuales; y (c) empresarios o videoclubes que alquilen al público grabaciones audiovisuales protegidas por AISGE.

<sup>1020</sup> *Vid.* epígrafe 7 del Capítulo IV.

<sup>1021</sup> “La legitimación es la cualidad de un sujeto consistente en ser, dentro de una situación jurídica determinada, titular de un derecho subjetivo, crédito, deber u obligación, en una posición tal que fundamenta en derecho el reconocimiento a su favor de la pretensión que ejercita, en el caso de la legitimación activa, o a la exigencia respecto del mismo, del contenido de una concreta prestación, en el caso de la legitimación pasiva” -SAP Madrid, 18 de enero de 2003.

así, de no entenderse adecuadamente la singularidad de este tipo de organizaciones cuando actúan en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, se frustra el principio básico de la gestión colectiva. Por tanto, la legitimación de las entidades se configura en la práctica como una herramienta fundamental, que resulta imprescindible para llevar a efecto las funciones que el TRLPI otorga a dichas entidades<sup>1022</sup>.

Aunque no todas las legislaciones nacionales lo contemplan así, la gestión colectiva -al menos la de los derechos de remuneración- debe descansar sobre un régimen de legitimación especial que emane directamente de la ley y no de la encomienda o mandato particular de cada uno de los titulares de los derechos gestionados colectivamente<sup>1023</sup>. Las entidades de gestión colectiva no han de tener por objeto la gestión de un número determinado de derechos encomendados por un número determinado de titulares mediante un contrato. La entidad de gestión debe estar legalmente legitimada para hacer efectivos los derechos que, por su naturaleza, constituyen el objeto de su gestión dentro del ámbito delimitado por la ley o por la habilitación administrativa correspondiente.

De no ser así, considerando la negativa generalizada hacia su reconocimiento y efectividad voluntaria por parte del usuario, para hacer efectivo el derecho, la entidad de gestión estaría obligada a presentar ante el órgano judicial el contrato de gestión, mandato o título de representación de cada uno de los titulares (miles), y cada vez que se fuese incorporando uno nuevo a la entidad (que es prácticamente a diario) tendría que ir aumentando la tarifa en la proporción que represente dicho titular. El fenómeno se repetiría así, una y otra vez, sin solución de continuidad, según se fueran incorporando, o dando de baja, titulares a cada entidad de gestión, alcanzando una situación absurda. Por eso, precisamente, el sistema de tarifas generales que las legislaciones suelen prevenir como sistema subsidiario y sustitutivo del precio o de cuantificación de las remuneraciones colectivamente gestionadas, no puede basarse en la suma

---

<sup>1022</sup> Efectivamente, si estas organizaciones no gozan de una posición procesal apropiada para el desarrollo de su actividad, difícilmente cumplirán su función, que no sólo mira al interés particular de los titulares de los derechos, sino al general de la tutela de la creación y de las inversiones asociadas a ella. Al hablar de “posición procesal”, la doctrina y jurisprudencia tradicionales han distinguido entre legitimación *ad processum* (para el proceso) y legitimación *ad causam* (para el pleito). La primera se suele hacer coincidir con los conceptos de capacidad procesal o capacidad de obrar en el proceso, mientras que la segunda consiste en la adecuación normativa entre la posición jurídica que se atribuye el sujeto y el objeto que demanda, en términos que, al menos en abstracto, justifican preliminarmente el conocimiento de la petición de fondo que se formula. Esta dualidad ha sido abrogada en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, pues ahora se distingue entre capacidad procesal y legitimación, refiriéndose esta última sólo a la tradicionalmente denominada como legitimación *ad causam*. La antigua distinción ha quedado subsumida en los actuales arts. 6 (capacidad para ser parte), 7 (capacidad procesal) y 10 (legitimación) de la LEC. Ahora el tratamiento procesal de cada figura es distinto. Para la legitimación *ad causam* es una cuestión preliminar de fondo que deberá resolver el juez en sentencia, y si se apreciara la falta de legitimación, conllevaría la desestimación de la demanda. La legitimación *ad processum* equivale a la capacidad procesal que hace referencia a la aptitud para comparecer en juicio, es por tanto un presupuesto procesal que se exige desde el principio, y sin éste se vicia de nulidad todo el procedimiento.

<sup>1023</sup> Nota característica y esencial admitida por la doctrina consolidada del Tribunal Supremo de España y que destacan sus sentencias de fecha 29/10/99, números 880/1999 y 881/1999, Fundamentos de Derecho Segundo.

de todas las posibles remuneraciones individuales, que por su carácter individual nada obsta para que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, cada derechohabiente pretenda una remuneración diferente y así se lo encomiende a su apoderado o mandatario.

En España es el art. 150 TRLPI el que prevé el régimen especial de legitimación de las entidades de gestión<sup>1024</sup>. La cuestión de la legitimación de las sociedades gestoras de derechos de propiedad intelectual es de una importancia capital, máxime para aquellas entidades como AISGE que gestiona tan sólo derechos de remuneración, considerando su manifiesta imposibilidad de un ejercicio individual en un entorno de mercado global y de explotación generalizada de las interpretaciones audiovisuales<sup>1025</sup>.

Efectivamente, si estas organizaciones no gozan de una posición procesal apropiada para el desarrollo de su actividad, difícilmente cumplirán su función, que no sólo mira al interés particular de los titulares de los derechos, sino al general de la tutela de la creación y de las inversiones asociadas a ella. Estar legitimado para las entidades de gestión significa tener una específica posición respecto de ciertos bienes o intereses, por virtud de la cual la declaración de voluntad de quien la ostenta puede ser operante para éstos. No es concebible, al menos respecto de la gestión colectiva de derechos de remuneración, que para acreditar la legitimación de las sociedades estas tengan que aportar a los procedimientos judiciales una prolija prueba documental consistente en incorporar a las actuaciones el catálogo completo de los contratos suscritos con sus miembros nacionales y extranjeros, así como el catálogo completo de las obras

---

<sup>1024</sup> La primera regulación específica de la legitimación de las entidades de gestión tuvo lugar en el art. 135 de LPI de 1987. Esta disposición, en su aplicación jurisprudencial, dio lugar en la década de los noventa a una doctrina dividida, pues los tribunales la han interpretado de modos muy diversos, negando en unos casos y reconociendo en otros legitimación a las entidades. Como nos recuerda MONTERO AROCA, unas sentencias admitían la legitimación de las entidades de gestión, aunque sin precisión conceptual pues hablaron de legitimación por sustitución (SAP Zaragoza de 31 de julio de 1993), de legitimación legal (SAP Toledo de 23 de febrero de 1995), o de presunción de legitimación (SAP Córdoba de 14 de septiembre de 1994) y, sobre todo, sin distinguir claramente entre representación y legitimación (SAP Asturias de 9 de noviembre de 1994); otras sentencias la negaban afirmando que las entidades debían acreditar la representación que decían ostentar (SAP Sevilla de 14 de enero de 1994), negando que existiera una representación legal (SAP Palma de Mallorca de 14 de febrero de 1994) e incluso sosteniendo que la legitimación no la confiere la ley sino el contrato de gestión (SAP Burgos de 14 de marzo de 1994) -MONTERO AROCA Juan, *La actuación procesal de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Revista del Poder judicial, núm. 45, Madrid, 1997, pág. 272.

En ese estado de clara y manifiesta inseguridad jurídica, y con anterioridad a que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre este particular, se introdujo un segundo párrafo en el precepto referido –hoy art. 150 TRLPI- del siguiente tenor: *Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación administrativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente*. La Sala Tercera de Tribunal Supremo, tachó de ilegal ese segundo párrafo, al considerar que el Gobierno se había excedido en la habilitación que le concedió el legislador para llevar a efecto su tarea refundidora. Posteriormente, con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil – Ley 1/2000, de 7 de enero- en su disposición final 2ª.4 se añadió un segundo párrafo al art. 150 TRLPI.

<sup>1025</sup> Como ya se ha dicho y argumentado, el Preámbulo de la LPI de 1987 apelaba a la preocupación de las Instituciones Comunitarias de la época para constatar el hecho –reconocido por tales instituciones- de que “los titulares de derechos de propiedad intelectual únicamente pueden lograr su real efectividad actuando colectivamente a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados”.



y prestaciones cuya gestión administran. No podemos dejar al margen que, en el ámbito de gestión de derechos de remuneración –a diferencia del ámbito de gestión de derechos exclusivos-, el repertorio viene definido jurídicamente y comprende el colectivo de artistas *in genere* cuyos derechos administra la entidad de gestión (en el caso de las interpretaciones audiovisuales, AISGE). No configura el repertorio los titulares socios de la entidad, sino, como se ha dicho, el conjunto de prestaciones artísticas de los artistas del audiovisual (actores, dobladores, bailarines y directores de escena) cuando tales interpretaciones estén protegidas conforme a los criterios de protección del art. 164 TRLPI. Dicha exigencia probatoria supondría condenar a las entidades de gestión a tener que llevar a cabo una *probatio diabólica*, que frustraría su específica función en el campo de la protección de los derechos de propiedad intelectual<sup>1026</sup>.

En el tema de la legitimación, en una primera fase de la década de los noventa, la confusión entre la doctrina científica y jurisprudencia se vio zanjada por nuestro Tribunal Supremo con la doctrina asentada a raíz de dos Sentencias de 29 de octubre de 1999<sup>1027</sup>, resolviendo, de una vez por todas, la contradictoria jurisprudencia que hasta entonces existía. En las precitadas resoluciones, y en las posteriores que fueron precisando la doctrina relativa a la legitimación de

---

<sup>1026</sup> También en América Latina se han dado importantes pronunciamientos en materia de legitimación de sociedades de gestión. Brasil, Perú, Portugal, Uruguay, Chile, etc., cuentan con resoluciones judiciales que han abordado la especial legitimación de las sociedades gestoras de derechos, fundamentalmente, encarando el problema desde dos perspectivas distintas, como señala ANTEQUERA PARILLI: como un mandato legal que por presunción de la misma ley otorgan los asociados a la entidad que los represente y que, a su vez, dicha organización como mandataria se lo confía a sociedades extranjeras de la misma naturaleza; y como una cesión fiduciaria que los autores le otorgan a la entidad de gestión colectiva, de modo que dicha organización actúa en nombre propio pero en interés ajeno. Así por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal de Brasil ha resuelto que “las asociaciones de autores y compositores ofrecen como una curiosa característica la de la representación implícita mediante una excepción a los principios generales sobre las formas de mandato: el individuo, por el sólo hecho de asociarse, de afiliarse a una de esas sociedades, constituye a la representación de la misma en su representante implícito, sin la necesidad de un mandato expreso y específico, para actuar ante el Poder Público y con cualesquiera ejecutantes en todas las partes del mundo.” Recurso de Mandado de Segurança nº 74. También la justicia portuguesa, a través del Tribunal de Relação de Évora, señaló que “los poderes relativos a la gestión del derecho de autor pueden ser ejercidos por su titular o por medio de representante debidamente habilitado, prescribiéndose que (...) las asociaciones y organismos nacionales y extranjeros constituidos para la gestión del derecho de autor desempeñan esa función como representantes de sus respectivos titulares, resultando la representación de la simple cualidad de socio o adherente o de la inscripción como beneficiario de los respectivos servicios de manera que tienen capacidad judicial para intervenir civil y criminalmente en defensa de los intereses y derechos legítimos de sus representados en materia de derecho de autor, sin perjuicio de la intervención de mandatario expresamente constituido por los interesados”. Y desde la perspectiva de la defensa de los intereses difusos, la justicia uruguaya dijo que “...si no (se admitiera esa representatividad excepcional), el derecho Procesal daría la espalda a un problema universal que no encontraría solución. Justo en el momento crucial, en aquel en el que se violan los derechos de autor o de un grupo de autores que no están en condiciones de comparecer personalmente al proceso, ni de otorgar un poder requerido para los casos por el derecho uruguayo. Ya está ahora legislada la comparecencia en juicio, en defensa de intereses difusos del consumidor, del medio ambiente, etc....Para el caso de reclamar que se acreditara la representación de los autores, interpretes y productores de fonogramas...se estaría en los hechos negando el ejercicio de derechos, aun de rango constitucional” -ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de autor*, *óp. cit.*, págs. 148-150.

<sup>1027</sup> “Cuando el art. 135 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 [hoy art. 150] establece que *las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión, y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales*, debe entenderse que la expresión *derechos confiados a su gestión* puesta en relación con la de *en los términos que resulten de sus estatutos*, se refiere a aquellos derechos cuya gestión *in genere* constituye, de acuerdo con los Estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, no a los concretos derechos individuales que, mediante contratos con los titulares de los mismos o acuerdos con organizaciones de idéntica finalidad, le hayan sido encomendados para su gestión”.

las entidades de gestión, considera el Alto Tribunal que la legitimación de las entidades de gestión no es presunta, sino propia.<sup>1028</sup>

Al igual que la jurisprudencia, también la doctrina se ha mostrado dividida a propósito de la interpretación de la legitimación de las entidades de gestión. En esta línea señala MARÍN LOPEZ, que “mientras un sector considera que la literalidad del precepto no permite extraer la consagración de una posición singular a favor de las entidades de gestión, otro entiende que la única justificación plausible del artículo 150 LPI es precisamente el establecimiento de un régimen privilegiado favorable a las entidades de gestión”<sup>1029</sup>. Más allá de nuestras fronteras la doctrina se ha preocupado también del tema, en la medida en que los antecedentes de la legitimación en América Latina proceden de la ley española. ANTEQUERA PARILLI, señalaba que “la pregunta que surge es si para los efectos de esa legitimación las sociedades de gestión están obligadas a acreditar, en cada acción intentada contra los usuarios, la representación que ejercen sobre todas y cada una de las obras, prestaciones o producciones que conforman su repertorio y acerca de todos y cada uno de los titulares de los respectivos derechos, pues una interpretación semejante conduciría a suponer que los derechos de autores, artistas y productores serían de imposible cumplimiento, ya que a su vez también resultaría imposible una prueba de tal naturaleza sobre catálogos integrados por centenares de miles de bienes intelectuales y de un sinnúmero de titulares”<sup>1030</sup>.

Con todo, no obstante, el anterior debate doctrinal y jurisprudencial se apoyaba en la precaria regulación que de la legitimación *ad causam* mantenía el antiguo art. 135 de la LPI de 1987. La segunda regulación de la legitimación tuvo lugar en ese estado de clara y manifiesta inseguridad jurídica, y con anterioridad a que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre este particular. Así,

---

<sup>1028</sup> “Esta Sala ha resuelto la cuestión, instaurando doctrina jurisprudencial con las sentencias de 29 de octubre de 2001 y de 18 de octubre de 2001(...) sosteniendo que la legitimación de la entidad de gestión no sería solamente presunta, sino en realidad una legitimación propia en cuanto inherente a su finalidad estatutaria”. Asimismo, las SSTS de 18 de octubre y 18 de diciembre de 2001, 24 de septiembre de 2002, 10 mayo y 13 de marzo de 2003, entre otras -“Se atribuye a la SGAE legitimación para la defensa en juicio de los derechos a que se extiende su actividad y entender que es necesaria la acreditación documental, al amparo del art. 503-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la relación contractual establecida entre SGAE con cada uno de los titulares del derecho de comunicación pública o de los acuerdos con otras entidades de idéntica función gestora, hace ineficaz, respecto a esta modalidad de derechos de autor, el sistema de protección establecido en la Ley, al no alcanzar así la dispensada los caracteres de real, concreta y efectiva que el texto legal propugna, resultando defraudados los intereses generales en la protección de la propiedad intelectual que justifica la concesión de autorización administrativa a las entidades de gestión (art. 133-1 de la Ley de 1987)”. Sigue diciendo la sentencia: “Entre las entidades a las que se reconoce legitimación presunta, nacida del régimen jurídico a que están sometidas y de los derechos que gestionan, están las entidades de gestión de los derechos de autor para cuando se trate de la defensa de los derechos de comunicación que requieren una autorización global (art. 142-1 de la Ley de 1987). En consecuencia basta a la SGAE, para la defensa en juicio de los derechos a que se refiere el litigio, con la aportación de la autorización administrativa que la habilita para gestionar esta modalidad de derechos de autor y los Estatutos aprobados por el Ministerio de Cultura, para tener así por cumplido lo exigido en el art. 503-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

<sup>1029</sup> MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 1842.

<sup>1030</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudio de Derechos de autor*, *óp. cit.*, pág. 147.

en 1996 se introdujo un segundo párrafo<sup>1031</sup> en el precepto referido –hoy art. 150 TRLPI- con motivo de la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de la LPI. La Sala Tercera de Tribunal Supremo tachó de ilegal ese segundo párrafo, al considerar que el Gobierno se había excedido en la habilitación que le concedió el legislador para llevar a efecto su tarea refundidora. Lo cual avocó a la tercera regulación legal de la materia para hacerla casar con la necesaria claridad y la doctrina jurisprudencial que ya había sentado el TS. Así, el legislador aprovechó la promulgación de la nueva ley de Enjuiciamiento Civil – Ley 1/2000, de 7 de enero- en su disposición final 2ª.4 para añadir un segundo párrafo al art. 150 TRLPI<sup>1032</sup>.

Por tanto, el vigente art. 150 TRLPI reza del siguiente tenor: *Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente.*

Lo hasta ahora expuesto sirve tanto para las entidades de gestión que administran derechos exclusivos como para aquellas otras que gestionan derechos de remuneración. Ahora bien, en el caso de estas últimas, su legitimación se ve aún más reforzada si cabe, y por disposición legal. En el caso concreto de la gestión colectiva obligatoria de los derechos de remuneración sobre las interpretaciones audiovisuales se observan dos refuerzos significativos en la siguiente forma: a).- el art. 157.4 TRLPI estipula que *las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta Ley y a ejercitar el derecho de autorizar la distribución por cable;* b).- El art. 108.6 TRLPI establece que el derecho a las remuneraciones que se prevén en los números 3, 4 y 5 del citado artículo, *se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual*, lo que se conoce como derechos de gestión colectiva obligatoria, que sólo pueden

---

<sup>1031</sup> A los efectos establecidos en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEC 1881], la entidad de gestión estará obligada a aportar al proceso copia de sus estatutos, así como certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado podrá oponer exclusivamente, acreditándolo debidamente, la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo, o el pago de la remuneración correspondiente.

<sup>1032</sup> Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente.

hacerse efectivos a través de las respectivas entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual.

En la gestión de derechos de remuneración (como es el caso de AISGE, por cuanto los exclusivos son cedidos al productor audiovisual por presunción legal o a través del contrato de producción audiovisual), el repertorio de la entidad lo configuran las interpretaciones protegidas conforme a los criterios de protección del art. 164 y concordantes del TRLPI, integradas en grabaciones audiovisuales, del colectivo de artistas *in genere* cuyos derechos administra conforme a sus estatutos y a la habilitación legal<sup>1033</sup>. En el ámbito de la gestión de derechos exclusivos, el repertorio vendrá delimitado por el número de titulares que han suscrito contrato de gestión con la entidad que sea<sup>1034</sup> y ésta, a su vez, haya alcanzado un acuerdo de reciprocidad con la entidad extranjera a la que el titular encomendó su gestión, salvo que dicha encomienda la haya efectuado directamente a la entidad española.

#### 5.2.1.3.- Aspectos generales en torno a las tarifas.

La remuneración o contraprestación económica que se recauda y distribuye bajo el régimen de gestión colectiva se establece mediante el sistema de tarifas generales. La tarifa directamente o el importe resultante de su aplicación, constituye el “precio” que ha de pagar quien utilice una obra o creación intelectual protegida que sea gestionada por la entidad correspondiente<sup>1035</sup>.

El régimen de tarifas generales resulta beneficioso tanto para las entidades de gestión, que evitan negociar individualmente los derechos de cada uno de sus titulares, como para los usuarios de sus repertorios, frente a los que las tarifas generales operan como una garantía de la igualdad de trato,

---

<sup>1033</sup> En efecto, la legitimación en el caso de los derechos de remuneración comprende aquellos derechos cuya gestión *in genere* constituye el objeto de su actividad de acuerdo con los estatutos que la rigen. En estos casos, una segunda herramienta –junto a la legitimación– indispensable para que las entidades de gestión puedan llevar a cabo una real y eficaz administración de los derechos que les han sido encomendados, viene de la mano del tipo de representación que queda protegida por imperativo del art. 164 y concordantes del TRLPI.

<sup>1034</sup> Otra cuestión es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo –a la que se ha hecho mención en relación con el art. 150 LPI– no hace una distinción de las cantidades reclamadas por las entidades de gestión entre derechos de gestión colectiva obligatoria (normalmente derechos de remuneración), o derechos de gestión colectiva voluntaria (casi siempre derechos exclusivos). La doctrina del Supremo se construyó para ser aplicada de manera aparentemente indistinta y sin matiz alguno, tanto a unos como a otros. Siendo ello así, sí existen diferencias. Mientras que en el caso de los derechos de gestión colectiva obligatoria la intervención de las entidades se justifica plenamente por la propia configuración que la ley hace del derecho impidiendo al titular su defensa individualizada, la situación es distinta en el caso de los derechos de gestión colectiva voluntaria, donde la legitimación de la entidad debería ser analizada desde una perspectiva diferente habida cuenta la posible intervención personal del autor para la defensa o no de su derecho.

<sup>1035</sup> Sobre el presente extremo se ha pronunciado la Sala Primera del Tribunal Supremo de España mediante su sentencia de 18 de enero de 1990, manteniendo que “las tarifas generales operan como reglas subsidiarias aplicables en la determinación del precio ante la falta de compromiso bilateral”.

de la seguridad jurídica y de la previsión contable del usuario, dado que mediante un solo pago quedará liberado respecto de un colectivo determinado.

Las tarifas generales (el *quantum* de un derecho de explotación de propiedad intelectual) han de reunir, a nuestro criterio y a tenor del TRLPI, las siguientes características:

- a. Debe tratarse de una tarifa general emanada de una entidad de gestión con facultades de ejercicio sobre el derecho en cuestión.
- b. Por su propia naturaleza, las tarifas generales pueden ser fijadas de mutuo acuerdo entre usuario y entidad de gestión y, en defecto de pacto, de manera unilateral<sup>1036</sup> por la entidad de gestión, pero atendiendo siempre a los criterios de proporcionalidad, intensidad de uso del repertorio administrado, tipo de usos, etc<sup>1037</sup>.
- c. La tarifa ha de ser equitativa<sup>1038</sup> respecto del uso o acto de explotación que pretende remunerar, lo que determina una relación de proporcionalidad entre el valor de la prestación

---

<sup>1036</sup> Sobre este carácter unilateral destacan RODRÍGUEZ TAPIA que "*la unilateralidad del establecimiento de la tarifa ha planteado la posibilidad de abuso de posición dominante [vid. Art. 20.4. g)], tesis que es, en general, rechazada por los tribunales (STS 28-6-1971; STS 18-1-1990; SSAP Santa Cruz 6-4-1993, Barcelona 13-7-1993, Zaragoza 9-12-1993; La Rioja 27-1-1994, Córdoba 14-9-1994, Granada 6-2-1995)*". Se extiende sobre este aspecto la precitada sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1990, en un litigio que enfrentaba a la SGAE con Radiotelevisión Española S.A., donde atribuye a las tarifas generales una función subsidiaria, en la medida en que únicamente entran en juego a falta de otro tipo de pacto entre la entidad y el usuario sobre el precio del repertorio. Y abundando en tal carácter, frente al motivo de impugnación esgrimido por TVE, S.A. en el sentido de considerar infringido del art. 1089 del C.c., por entender que la sentencia impugnada admitía la voluntad unilateral del acreedor como fuente de la obligación de pago impuesta al usuario, el Tribunal Supremo reitera que "*cuando, como en este caso, no haya convenio expreso regulador, por lógica contractual han de remitirse los interesados a las tarifas generales debido a la ausencia de precio convenido, puesto que viene a ser una regla supletoria de tal falta de acuerdo y ante la eventual explotación silenciada del producto intelectual que se ha de proteger*". Asimismo, en otra parte de la resolución el Tribunal insiste en "*la necesidad de fijación de una contraprestación o precio que de no ser bilateralmente determinado lo estará subsidiariamente por las tarifas generales*". El criterio de aplicación subsidiaria de las tarifas fijadas unilateralmente ha sido matizado por el Tribunal Supremo, vid. SSTs de 18 de febrero de 2009; 7 de abril de 2009; 15 de septiembre de 2010; 13 de diciembre de 2010; 23 de marzo de 2011; 10 de diciembre de 2014; y 12 de diciembre de 2014 -RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1997, *óp. cit.*, pág. 566.

<sup>1037</sup> Solo si no hay acuerdo con el usuario en cuanto a tales condiciones, serán de aplicación las tarifas que previamente tenga fijadas la entidad de gestión, siempre y cuando las mismas respondan al criterio de equidad y no discriminación. En este sentido, como nos recuerda la Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, de 19 de marzo de 2013, "*la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, a partir de las sentencias de 18 de febrero y 7 de abril de 2009 ha relativizado la aplicación subsidiaria de las tarifas generales que había admitido su anterior jurisprudencia (sentencia de 18 de enero de 1990). Pero lo ha hecho precisamente para reforzar el control ex post que, en sede judicial, puede hacerse sobre el contenido material de las tarifas generales y su adecuación a los criterios de objetividad, equidad, no discriminación y transparencia*".

<sup>1038</sup> La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo español, representada por las sentencias de 18 de febrero y 7 de abril de 2009, y de 15 de septiembre de 2010, ha venido a declarar: "*.. la necesidad de que la remuneración equitativa se fije con criterios de equidad (...)*. De ahí que, como uno de los criterios necesarios para garantizar la equidad, se imponga '*que las tarifas aplicadas se ajusten en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad de gestión correspondiente*', así como la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras, '*pues la equidad tiene una estrecha relación con la necesidad de que las tarifas sean comparativamente adecuadas entre unas y otras productoras, lo cual no significa que deban ser idénticas, pero sí que debe proscribirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión u otras análogas*', como por otra parte se desprende de lo resuelto por la sentencia de 10 de septiembre de 2008(sic) al declarar nulo un convenio con una productora en cuanto suponía una desproporción injustificada en relación con las tarifas posteriormente aprobadas en el convenio con otra asociación. Además, el art. 152.1 b) del TRLPI pone en relación el

(repertorio), las utilidades que le reporta al usuario, la intensidad de uso o principio de utilización efectiva, etc.

#### 5.2.1.4.- Obligaciones específicas de las entidades de gestión en la fase de recaudación: art. 157 TRLPI: “otras obligaciones”.

##### 5.2.1.4.1.- Consideraciones generales.

El sistema de gestión colectiva busca conseguir una mayor eficacia en la administración de los derechos de propiedad intelectual que nuestro marco normativo concede a los titulares de los mismos. Con el objeto de lograr esa mayor eficacia, el TRLPI otorga a las entidades de gestión una serie de facultades especiales y extraordinarias que se completan con la exigencia de determinadas obligaciones en el marco de su ámbito de gestión. Es este grupo de obligaciones el que ha sufrido una profunda reforma a través de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre y a cuyo análisis dedicaremos el presente Capítulo<sup>1039</sup>.

La primera consideración que, con alcance general, se ha formulado a esta reforma casi de manera unánime desde sus comienzos –con la salvedad de la necesaria trasposición de las directivas que incorpora<sup>1040</sup>–, es la inexistencia de argumentos jurídicos que respalden la necesidad y oportunidad de una reforma parcial y, necesariamente provisional, situándose al margen del proceso de armonización que se estaba analizando en el seno de tales instituciones, cuando coetáneamente se estaban desarrollando trabajos en la UE de gran repercusión de cara a una reforma de nuestra ley. Trabajos que culminaron el 26 de febrero de 2014, mediante la aprobación por parte del Parlamento Europeo y el Consejo, de la Directiva 2014/26/UE, relativa a la gestión colectiva de derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias territoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.

---

deber de las sociedades de gestión de fijar tarifas generales con la utilización de su repertorio, y a su vez la STJUE de 6 de febrero de 2003 (asunto C- 245/00 ), en relación con los fonogramas, expresa la necesidad de establecer criterios análogos”.

<sup>1039</sup> La Exposición de Motivos de la precitada Ley considera que las entidades de gestión son una “pieza esencial en el engranaje de protección de los derechos de autor, que generalmente se han mostrado eficaces en el cumplimiento de sus fines”. Si bien, justifica la reforma en la necesidad de ciertas “mejoras” en el funcionamiento del modelo, “singualmente en lo referido a la eficiencia y transparencia del sistema”. Entre los aspectos esenciales de la reforma destinados al diseño de mecanismos eficaces de supervisión de las entidades de gestión se incluye una modificación del régimen de gestión colectiva y la regulación de un extenso catálogo de obligaciones para las entidades de gestión. Tales medidas se complementan con determinados mecanismos de control y un régimen sancionador concreto.

<sup>1040</sup> Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines y de la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

Otra de las consideraciones que cabe formular, a la vista del contenido de la Ley 21/2014 y del origen y fundamento de las principales reformas que introduce en el TRLPI, es que el legislador parece olvidar, en muchos aspectos, que no estamos ante una ley de defensa y promoción de la actividad empresarial, de defensa de la competencia, o de promoción de los servicios de comercio electrónico, sino que el verdadero objeto de esa ley -de carácter especial- debió ser la protección de la propiedad intelectual, de sus titulares y del sistema de gestión colectiva, como único medio de lograr la efectividad de los derechos que ampara, tal y como consta reconocido por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina a nivel interno y foráneo<sup>1041</sup>.

#### 5.2.1.4.2.- Artículo 157 TRLPI: “otras obligaciones”.

De la mayoría de las obligaciones recogidas en el art. 157 TRLPI cabría deducir que el legislador busca un marco de equilibrio entre las facultades excepcionales de las que gozan las entidades de gestión y las medidas encaminadas a evitar posibles conductas abusivas por parte de las entidades. El primer apartado del citado precepto es prueba de ello, al ser objeto de una profunda revisión, sobre todo en materia de tarifas, y al incorporar el nuevo régimen de transparencia frente a los usuarios. Al respecto hemos de resaltar que la falta de precisión y clarificación de ciertas cuestiones que han sido controvertidas y que han generado una alta litigiosidad durante los últimos años, la redacción del precepto y el uso de conceptos indeterminados, no solo no ha ayudado a pacificar espacios de conflicto en las relaciones entre entidades y usuarios, sino que provoca una mayor inseguridad jurídica que mantendrá la alta litigiosidad en ciertos sectores. En suma, el legislador ha desaprovechado la oportunidad que le brindaba la redacción de un nuevo texto normativo para realizar esa labor de clarificación y pacificación en aquellos temas que han supuesto una enorme fricción en la recaudación de los derechos.

Tal es el caso, en primer lugar, de la falta de distinción entre el régimen aplicable a la gestión colectiva voluntaria del aplicable a la gestión colectiva obligatoria. La primera crítica que se puede hacer a la nueva redacción de la norma es que no distingue con claridad qué obligaciones se refieren a la gestión colectiva de derechos exclusivos (voluntaria) y cuáles a la de los de

---

<sup>1041</sup> Decimos esto porque esta Ley prioriza las peticiones de la “industria” en detrimento de la creación y la cultura, obviando el valor añadido que comporta la explotación de contenidos protegidos por la propiedad intelectual para los usuarios, que claman por la reducción del nivel de protección y remuneración de los derechos intelectuales, todo ello, ignorando, a su vez, la posición del legislador comunitario que exige un elevado nivel de protección de los creadores en el ámbito de la Sociedad de la Información. Asimismo, interesa señalar que, sin negar la necesidad de vigilancia y control de las entidades de gestión, ello no obsta a que las entidades aparezcan retratadas como sospechosas y sus sistemas tarifarios se presuman inequitativos, aun cuando hagan un trabajo impecable.

remuneración (obligatoria), ámbito este de la gestión de los derechos de los artistas intérpretes del medio audiovisual.

Otra de las deficiencias que podemos encontrar en la redacción del precepto, directamente relacionado también con la falta de distinción de las obligaciones referidas a la gestión colectiva obligatoria y a la voluntaria, viene referida al uso que en la norma se hace del término “repertorio”, al emplearlo indistintamente para tratar tanto el ámbito de gestión de los derechos exclusivos como el de los de remuneración. Así, cuando establece la obligación de contratar el uso del repertorio con quien así lo solicite, se refiere al repertorio como el conjunto de obras y prestaciones de los concretos titulares que han encomendado la gestión de sus derechos a la entidad, o de aquellos otros miembros de una entidad de gestión extranjera con la que haya suscrito el correspondiente acuerdo de reciprocidad<sup>1042</sup>. Se trata aquí de la gestión voluntaria de derechos exclusivos. En cambio, cuando recoge la obligación de establecer tarifas generales, al referirse al repertorio lo hace en cuanto al conjunto de obras y prestaciones protegidas por la ley cuyos derechos administran por imperativo legal las entidades de gestión (gestión colectiva obligatoria). Atendiendo a nuestro objeto de análisis, el repertorio está configurado por el conjunto de actuaciones o prestaciones artísticas de los actores (de imagen y voz) integradas en obras o grabaciones audiovisuales protegidas conforme al artículo 164 TRLPI.

Otro aspecto en el que la confusión en el uso del término “repertorio” se muestra evidente lo encontramos la obligación de difundir el repertorio a través del sitio *web* de la entidad de gestión. Efectivamente, no aclara si esta obligación está prevista para la gestión voluntaria u obligatoria de los derechos. Ahora bien, el hecho de que recoja la obligación de incluir en la *web aquellas obras y prestaciones protegidas que gestionan en virtud de los acuerdos (...) con organizaciones extranjeras* hace evidente que dicha obligación se estaría refiriendo a la gestión voluntaria de derechos exclusivos. Y ello se debe a que tales acuerdos con organizaciones extranjeras, en el

---

<sup>1042</sup> La Decisión de la Comisión Europea de 16.07.2008 relativa a un procedimiento de conformidad con el art. 81 del Tratado CE y con el art. 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/C2/38.698 – CISAC) nos explica el alcance del repertorio administrado por las entidades de gestión respecto a los derechos exclusivos -parágrafos 43 y 44- y la mecánica de su funcionamiento en el ámbito europeo, en los siguientes términos: “43. Las sociedades de gestión colectiva gestionan los derechos de autor en nombre de sus miembros. Las sociedades de gestión obtienen los derechos de dos fuentes: mediante la transferencia directa del autor como titular original del derecho o a través de un acuerdo de representación recíproca con otra sociedad de gestión que gestiona las mismas categorías de derechos en otro país del EEE. Si un titular de derechos transfiere sus derechos a una sociedad de gestión pasa a ser miembro de esa sociedad de gestión. En algunos casos la transferencia de derechos a las sociedades de gestión es obligatoria. Este es el caso, por ejemplo, del derecho de difusión por cable que, a tenor de la Directiva 93/83/CEE, solamente puede ejercerse a través de una sociedad de gestión. En ciertos casos la legislación nacional establece que la sociedad de gestión también puede conceder licencias sobre las obras de los titulares de derechos que no son miembros de una sociedad de gestión (sistema de gestión colectiva ampliado)”.

44. Como consecuencia de la transferencia de derechos de diferentes titulares de derechos de autor, una sociedad de gestión tiene una cartera de obras. Esta cartera constituye el repertorio nacional de la sociedad de gestión. Sin embargo, el repertorio mundial de una sociedad de gestión es mucho mayor ya que abarca también los repertorios de las otras sociedades de gestión que han firmado con ella un acuerdo de representación recíproca”.



ámbito de la gestión de los derechos de remuneración, como es el caso de AISGE, son contratos que despliegan sus efectos única y exclusivamente en la fase de reparto y liquidación de las remuneraciones recaudadas.

En otro orden de cosas, en materia de fijación de tarifas, el legislador vuelve a desaprovechar la ocasión para aclarar ciertas cuestiones que llevan años siendo el escenario de conflictos en la recaudación de los derechos. Más bien al contrario, en la actual redacción, veremos a continuación, el precepto integra una contradicción interna entre los distintos mandatos en él contenidos. Así, nos encontramos, por un lado, con la obligación de establecer tarifas generales (157.1.b) TRLPI); por otro, con la de negociar con las asociaciones representativas del sector (157.1.c) TRLPI); y todo ello junto con la obligación final de hacer efectivos los derechos de remuneración que administran con carácter obligatorio las entidades de gestión (157.4 TRLPI).

Es decir, se exige a las entidades en los mismos términos, y sin orden de preferencia, negociar con las asociaciones representativas de usuarios, fijar tarifas generales y, además, hacer efectivos los derechos. Ahora bien, con especial atención a los derechos de remuneración de los artistas del audiovisual (gestión colectiva obligatoria), ¿cuál es el orden de actuación para determinar la remuneración que han de pagar los usuarios? La norma no aclara dicha cuestión. Lo acertado habría sido que el legislador hubiera determinado el alcance real de la obligación que pesa sobre las entidades de negociar con los usuarios, y cómo esta se incardina en la determinación del derecho de remuneración de que se trate<sup>1043</sup>. Mientras esta clarificación no se produzca por vía legislativa, es evidente que las entidades de gestión no pueden dejar de cumplir con la obligación de establecer tarifas generales, taxativamente formulada en la letra b).

#### 5.2.1.4.3.- Obligaciones de la entidad de gestión frente a los usuarios.

**(i).-** Obligaciones inherentes a la concesión de autorizaciones de uso del repertorio a los usuarios (art. 157.1.a); falta de acuerdo (art. 157.2) y excepciones (art. 157. 3).

La nueva regulación operada a través de la Ley 21/2014, incluye la obligación de las entidades de gestión de negociar y contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de

---

<sup>1043</sup> El informe del CGPJ sobre el Anteproyecto recomendaba la modificación del art. 157, con objeto de prever que la fijación de las tarifas se hará preferentemente por vía de negociación entre las dos partes interesadas -toda vez que esta es una exigencia ya impuesta por la jurisprudencia-. Así como la recomendación de que sea la propia Ley la que determine cómo podrá estimarse que la negociación se ha iniciado formalmente, e introducir cautelas para evitar que los usuarios bloqueen de mala fe las negociaciones y dar a la Comisión de Propiedad Intelectual facultades para ampliar, si a su juicio se dan las condiciones para ello, el plazo máximo fijado para considerar infructuoso el intento de negociación.

autorizaciones no exclusivas de derechos gestionados (art. 157.1.a) TRLPI). Esta obligación se configura como un límite a la autonomía de la voluntad de las entidades de gestión<sup>1044</sup>, con el objeto de permitir explotar el repertorio administrado por una concreta entidad de gestión, a quien lo necesite, bajo las mismas condiciones que otro usuario. Se refiere este apartado al ámbito de gestión colectiva voluntaria, por cuanto está dirigido a la administración de derechos exclusivos<sup>1045</sup>.

A tal efecto, de tal obligación deriva, a su vez, la de dar a conocer –incluso acreditar– al usuario el contenido del repertorio cuyo uso está contratando, cuestión esta sobre la que volveremos más adelante. Y ello por cuanto, el alcance de la autorización vendrá determinado por el concreto repertorio de la entidad de gestión de que se trate.

La exigencia de que tal licencia se conceda bajo condiciones razonables, es una garantía destinada a asegurar que todo usuario que pretenda utilizar el repertorio pueda hacerlo en las mismas condiciones que las ofrecidas al resto, salvo que medie motivo justificado para denegar la autorización, evitando arbitrariedades que posibiliten un uso preferencial del repertorio y tratos discriminatorios entre distintos usuarios.

La obligación que incumbe al usuario se concreta en el pago de la remuneración correspondiente (remuneración que en la práctica se concreta en hacer efectiva la tarifa fijada por la correspondiente entidad).

La licencia o autorización faculta al usuario para realizar, conforme al objeto de la misma, aquellos concretos actos de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, etc.) del repertorio administrado por la entidad. Repertorio que, en este supuesto, se circunscribe al conjunto concreto de obras o prestaciones cuyos derechos administra la entidad por mandato expreso de sus titulares (a través del contrato de gestión suscrito con la entidad o de los acuerdos de representación recíproca formalizados con entidades extranjeras).

---

<sup>1044</sup> MARÍN LÓPEZ sostiene que *“la imposición de una obligación de contratar a una persona de derecho privado, como son las entidades de gestión, supone una excepción al principio civil de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) que se justifica por razones procedentes del Derecho de la Competencia”* -MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2007, *óp. cit.*, pág. 1964.

<sup>1045</sup> DELGADO PORRAS se pronuncia con total claridad a este respecto: *“Pues bien, la obligación de contratar pesa sobre aquellas entidades que desarrollan (como actividad única o en unión de otras) una gestión completa de derechos exclusivos, por virtud de la cual el autor es sustituido plenamente por la entidad en el ejercicio de esos derechos”*, -DELGADO PORRAS, Antonio, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol. 4-B, Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual, obra coordinada por Albadejo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia, EDESA, 1995, pág. 1001.

Establece el precitado precepto, asimismo, que la autorización será concedida, bajo remuneración, en condiciones equitativas y no discriminatorias, actuando bajo los principios de buena fe y transparencia. Así las cosas, la remuneración que habrán de satisfacer los usuarios será fijada unilateralmente por la entidad de gestión; si bien está igualmente obligada a negociarla con los usuarios. Si bien existe un control *ex ante* y *ex post* sobre las tarifas que fijan las entidades de gestión, además de que estas *tendrán en cuenta* los criterios recogidos en el apartado b), la única mención a que alude al apartado a) lo es en relación con la negociación del precio, en la que ambas partes habrán de actuar *bajo los principios de buena fe y transparencia*.

Llegados a este punto, cabe señalar, por una parte, que tal obligación de negociar no implica obligación de acordar; y por otra, que la obligación de contratar no es absoluta por cuanto permite la negativa de la entidad de gestión cuando haya *motivo justificado*. Ahora bien, lo que no define el texto es cuáles son tales “motivos justificados”, lo que significa que se habrá de estar al caso concreto<sup>1046</sup>.

A su vez, el apartado 2 del art. 157 TRLPI establece que, en tanto las partes no lleguen a un acuerdo, *la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales*<sup>1047</sup>. Se presenta aquí necesario atender a que la falta de autorización no se refiere a la ausencia de acuerdo tras un proceso de negociación, sino a la ausencia de acuerdo mientras dura el proceso negociador. Es claramente relevante dicho matiz por cuanto, finalizada la negociación sin acuerdo, la entidad de gestión podrá exigir la determinación del *quantum* sobre la base de las tarifas generales<sup>1048</sup>.

---

<sup>1046</sup> En este sentido, señala DELGADO PORRAS que “La jurisprudencia alemana ha venido a decir que sólo habrá un motivo de esta clase allí donde ‘el interés de la sociedad de autores, habida cuenta los del usuario, debe tener prioridad’. Esta regla remite a las circunstancias del caso concreto en términos muy amplios que permiten apreciaciones de muy diferente contenido. El legislador chileno, al establecer un precepto inspirado en el transcrito, ha considerado como único motivo justificado para negar la autorización el de que ‘el solicitante no ofreciere suficiente garantía para responder del pago de la tarifa correspondiente’” –DELGADO PORRAS, Antonio, *Comentarios al Código Civil*, óp. cit., pág. 983. Por su parte, MARÍN LÓPEZ considera igualmente que la insolvencia declarada del solicitante, o el incumplimiento deliberado de cómo mínimo dos contratos de autorización anteriormente celebrados con la entidad, son motivo justificado para la negativa a autorizar la explotación – MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 2139.

<sup>1047</sup> Al respecto, cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, 8 de octubre de 2010: “Como se deduce del propio artículo 157, con carácter general, la determinación de la remuneración por la autorización del uso del repertorio de las entidades de gestión vendrá determinada por el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo cabe a los usuarios discutir en sede judicial o, en su caso, ante la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, si la remuneración que se les exige conforme a la tarifa general o, en general, si las condiciones impuestas por la entidad de gestión para la concesión de la correspondiente autorización, son o no razonables (como exige el artículo 157.1.a TRLPI), sin perjuicio de que el pago bajo reserva o la consignación de la cantidad exigida conforme a la tarifa permita entender concedida la correspondiente autorización (artículo 157.2 TRLPI)”.

<sup>1048</sup> Al amparo de lo previsto en el art. 140.2.b) del TRLPI es exigible como indemnización de los daños y perjuicios sufridos, “la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión”.

Finalmente, y en relación ahora con aquellos usos que no puedan ser objeto de autorizaciones colectivas (art. 157.3 TRLPI<sup>1049</sup>), estos podrán igualmente ser administrados por las entidades de gestión. Si bien, la gestión de tales derechos no esta sujeta a las obligaciones contenidas en el art. 157 TRLPI. De tal modo que las entidades actuarán como mandatarios entre el titular y el usuario, fijando condiciones específicas para cada uso concreto conforme a lo previsto en el Código Civil (Título IX, del Libro IV, “*Del mandato*”). En relación con tales exclusiones, el único artículo de la Ley que realiza una misma relación de obras es el 74, relativo al contrato de representación teatral y ejecución musical, de lo que se deduce que el legislador pretende excluir de las obligaciones anteriormente analizadas tan solo la contratación de autorizaciones para su representación teatral, no la gestión de cualquier derecho sobre este tipo de obras.

**(ii).- Obligaciones relativas a la fijación de las tarifas generales (art. 157.1.b) TRLPI).**

La letra b) del apartado primero del art. 157 TRLPI<sup>1050</sup>, objeto de una profunda reforma, se refiere a la obligación de *establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio*.

Como se ha dicho, esta obligación se impone tanto respecto a la administración de derechos exclusivos de gestión colectiva voluntaria como a los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria. Sin embargo, esta cuestión no ha sido pacífica, al afirmar algún sector que solo cabe hablar de tarifas generales cuando estas van referidas a un derecho exclusivo<sup>1051</sup>, en

---

<sup>1049</sup> El art. 157.3 TRLPI dispone que *lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular.*

<sup>1050</sup> Las entidades de gestión están obligadas (...) a establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa. El importe de las tarifas se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes, para lo cual se tendrán en cuenta al menos los siguientes criterios:

1º El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

2º La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

3º La amplitud del repertorio de la entidad de gestión. A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestionan una entidad de gestión colectiva.

4º Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.

5º El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.

6º Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización.

7º Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación.

La metodología para la determinación de las tarifas generales se aprobará mediante orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

<sup>1051</sup> En este sentido, el artículo *El marco normativo y sus lagunas respecto a los criterios de fijación de las tarifas generales*, recogido en la revista *Actualidad jurídica* Uría Menéndez 24-2009, expone lo siguiente: “Por lo que se refiere a los derechos de remuneración equitativa, no está claro que las entidades de gestión estén facultadas para la aprobación de unas tarifas generales,

tanto que para otro sector el carácter de tarifa general y su virtualidad solo cabe ser predicada respecto de los derechos de remuneración<sup>1052</sup>. Tal debate doctrinal, no obstante y con motivo de la modificación del TRLPI operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, se inclinó, al menos en el ámbito de las interpretaciones audiovisuales que nos conciernen, hacia la segunda orientación doctrinal al incluir referencias expresas en el texto legal (v.gr., arts.108.5 y 122.2 TRLPI) en el siguiente sentido: *los usuarios de las grabaciones audiovisuales (...) tienen obligación de pagar la remuneración que proceda (...) de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión*.

Cierto que el TRLPI anterior a la Ley 21/2014 no preveía explícitamente ninguna obligación adicional a su notificación ni se regulaba cuál era el procedimiento a seguir en la fijación de tarifas ni cuál el sistema idóneo para fijar la remuneración de manera equitativa. Sin embargo, a modo de excepción, el art. 90.3 TRLPI, respecto a la proyección en lugares públicos mediante el pago de un precio de entrada, disponía –y dispone– que los autores tendrán derecho a percibir de quienes exhiban públicamente sus obras *un porcentaje de los ingresos* procedentes de dicha exhibición pública. También el TRLPI ofrecía –y ofrece– una serie de pautas a seguir para determinar la remuneración que corresponde a los autores por la cesión de sus derechos exclusivos a título oneroso (art. 46), previendo como regla de aplicación preferente la *participación proporcional en los ingresos de explotación* y, como regla subsidiaria, en determinados supuestos la *remuneración a tanto alzado*.

De hecho, los anteriores sistemas para determinar la remuneración correspondiente son los que han adoptado las entidades de gestión en la práctica, así se infiere si se examinan las distintas tarifas fijadas por las entidades de gestión<sup>1053</sup>. Dicho análisis permite constatar cómo todas las entidades han fijado sus tarifas siguiendo uno de los tres criterios apuntados: estableciendo un

---

salvo en los supuestos excepcionales que el TRLPI así lo dispone expresamente (arts. 90.4 y 108.5 TRLPI). Sin embargo, las distintas entidades de gestión han tomado como práctica general la aprobación de tarifas generales también en relación con estos derechos”.

El debate fue resuelto a través de la doctrina emanada de nuestros tribunales. Citamos, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 637/2003, sección 14, de 28 de octubre, que recoge un pronunciamiento dando por zanjada la cuestión litigiosa que versaba sobre si, como entendían las entidades de gestión, la normativa (TRLPI) permite a la sociedades de gestión establecer tarifas generales para determinar los derechos de sus miembros. Razona el precitado Tribunal que “En definitiva aunque el deseo del legislador es conseguir un acuerdo pactado entre los interesados, facilitando la vía de solución extrajudicial mediante la creación de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual (art. 158), no excluye la posibilidad de aplicar las tarifas generales, que deberán ser abonadas durante el proceso negociador, sino se llegase a ningún acuerdo, tarifas generales y modificaciones de las mismas que se deben comunicar al Ministerio de Cultura, como se ha hecho en este caso por las sociedades de gestión demandantes, para facilitar el ejercicio de su funciones, entre las que se encuentran la de otorgar y revocar las autorizaciones a las sociedades de gestión y vigilar el cumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos en esta Ley (art. 159.3 del Texto Refundido)”.

<sup>1052</sup> MARTÍN VILLAREJO, Abel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, óp. cit., pág. 887.

<sup>1053</sup> Vid. página web del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en la que se encuentran publicadas todas las tarifas generales de todas las entidades de gestión que operan en España.

porcentaje sobre los ingresos de taquilla - para la remuneración que han de hacer efectiva las salas de exhibición-, tarifas consistentes en un porcentaje de los ingresos de explotación para los operadores de televisión y cable, y tarifas consistentes en cantidades a tanto alzado para aquellos supuestos en que atendida la modalidad de explotación, exista dificultad grave en la determinación de los ingresos o cuando la utilización de su repertorio tenga carácter accesorio respecto de la actividad (*v.gr.*, las tarifas generales aplicables a hoteles, lugares abiertos al público –bares, discotecas, pubs, etc.).

Ahora bien, llegados a este punto no es posible eludir el tratamiento jurisprudencial que las tarifas han merecido, con objeto de controversias judiciales sobre su equidad o en casos en que se ha suscitado el posible abuso de posición de dominio a la hora de fijar sus tarifas por parte de alguna entidad<sup>1054</sup>.

Hasta la reforma del TRLPI operada por la Ley 21/2014 tampoco era exigible el cumplimiento del catálogo de requisitos que esta incorpora en el art. 157.1.b), a pesar de que algunos de ellos aparecen enunciados en las resoluciones de nuestros tribunales. No está claro, por consiguiente, si es posible cohonestar la jurisprudencia existente sobre la equidad de las tarifas con el nuevo régimen y si ello ha de conllevar, necesariamente, a una ruptura entre el anterior régimen y el vigente o, por el contrario, si resulta ineludible que tanto la metodología que se fije a través de la pertinente Orden y la interpretación de los criterios previstos en el art. 157.1.b) TRLPI) habrá de inspirarse y respetar tanto la doctrina emanada de las resoluciones de los tribunales de Justicia anteriores a la reforma<sup>1055</sup>, como la opinión expresada por los órganos de defensa de la competencia<sup>1056</sup>.

---

<sup>1054</sup> En este sentido, tras un primer criterio sustentado por el Tribunal Supremo (STS 18 de enero 1990) conforme al cual se admitía en todo caso y sin excepciones la aplicación con carácter subsidiario de las tarifas, la jurisprudencia de la Sala Primera, representada por las sentencias de 18 de febrero y 7 de abril de 2009, tal y como nos dice la propia Sala en su Sentencia núm. 543/2010, de 15 septiembre, ha venido a declarar: “la necesidad de que la remuneración equitativa se fije con criterios de equidad, no cumplidos por el mero hecho de que la Administración reciba sin objeciones las tarifas generales comunicadas por las sociedades de gestión ni por la existencia de un proceso negociador previo entre dichas sociedades y la empresa de comunicación demandada, ya que la imposibilidad de llegar a un acuerdo no puede comportar automáticamente la imposición unilateral por las sociedades de gestión de sus tarifas generales fijadas exclusivamente en función de los rendimientos de explotación de la demandada. De ahí que, como uno de los criterios necesarios para garantizar la equidad, se imponga “que las tarifas aplicadas se ajusten en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad de gestión correspondiente”, así como la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras, “pues la equidad tiene una estrecha relación con la necesidad de que las tarifas sean comparativamente adecuadas entre unas y otras productoras, lo cual no significa que deban ser idénticas, pero sí que debe proscribirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión u otras análogas”, como por otra parte se desprende de lo resuelto por la sentencia de 10 de septiembre de 2008(sic) al declarar nulo un convenio con una productora en cuanto suponía una desproporción injustificada en relación con las tarifas posteriormente aprobadas en el convenio con otra asociación. Además, el art. 152.1 b) del TRLPI pone en relación el deber de las sociedades de gestión de fijar tarifas generales con la utilización de su repertorio, y a su vez la STJUE de 6 de febrero de 2003 (asunto C- 245/00), en relación con los fonogramas, expresa la necesidad de establecer criterios análogos”.

<sup>1055</sup> Por todas, dos recientes sentencias del TS (SSTS, Sala 1ª, de 10 y 12 de diciembre de 2014) que recogen una síntesis de la doctrina jurisprudencial en “materia de tarifas”, a saber:

Frente al régimen anterior, la nueva redacción de la letra b) recoge la obligación de las entidades de gestión de *establecer tarifas generales, simples y claras*<sup>1057</sup>, *que determinen la remuneración exigida por la utilización del repertorio*, estableciendo, además, una serie de criterios que las entidades de gestión han de *tener en cuenta* para su fijación. A estas exigencias añade otra: que el importe de las tarifas se establezca en *condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes*. Tal obligación de establecer tarifas generales está referida tanto a la administración de derechos exclusivos<sup>1058</sup> como de los de remuneración<sup>1059</sup>.

---

a) la existencia de un proceso negociador no justifica que la aplicación de las tarifas generales se ajuste al requisito de equidad previsto en la ley;

b) el precio de la remuneración equitativa ha de venir determinado por el pacto de la gestora con el usuario, o, ante la falta de acuerdo, con el convenido con la asociación representativa del sector. En ausencia de ambos, serán de aplicación las tarifas generales, siempre y cuando las mismas respondan al criterio de equidad y no discriminación;

c) las tarifas han de tener una relación razonable con el valor económico de la prestación realizada por la entidad (STS de 22 de diciembre de 2008);

d) resulta más equitativo el criterio de efectividad de uso del repertorio, en la medida que sea posible su aplicación, que el criterio de disponibilidad o de cuantificación en función de los rendimientos de explotación de las empresas (STS de 13 de diciembre de 2010 y STJUE de 14 de julio de 2005);

e) otro de los criterios es el de la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otros usuarios. La equidad tiene una estrecha relación con la necesidad de que las tarifas sean comparativamente adecuadas entre unos y otros usuarios, lo cual no significa que deban ser idénticas, pero sí que debe proscribirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión u otras análogas (STS 22 de diciembre de 2008);

f) la LPI pone en relación el deber de las entidades de gestión de fijar tarifas generales con la utilización de su repertorio (art. 157.1.b. TRLPI). Esto significa que no puede quedar al margen de la fijación de las tarifas la consideración de los criterios relacionados con la amplitud del repertorio de cada una de estas sociedades en relación con las demás y con los sujetos activos de la remuneración equitativa que no son, como es evidente, solo los que han celebrado contratos de gestión con las sociedades, pues existen otros que puedan estar al margen de los mecanismos efectivos de distribución del producto obtenido a través de una o de todas las sociedades de gestión (STS, de 13 de diciembre de 2010, razona: “una ponderación equitativa para la que se deberá tener en cuenta, entre otros elementos indicativos de la amplitud del repertorio, su efectivo uso y el volumen económico de su explotación, la existencia de otros acuerdos con otras sociedades que realizan actos de comunicación pública”).

g) los principios en que se inspira la STJUE de 6 de febrero de 2003 (asunto C-245/00), cuya doctrina se reitera en la STJUE de 14 de julio de 2005 (asunto C-192/04), pueden ser tenidos en cuenta en otros casos de remuneraciones equitativas cuando sea necesario para alcanzar el debido equilibrio.

h) las tarifas no prevalecen, en todo caso, frente a una oposición de los obligados al pago, toda vez que la Ley exige que las mismas se atengan a criterios equitativos. El requisito de la equidad en la fijación de la remuneración equitativa partiendo de las tarifas fijadas por las sociedades de gestión debe estar sometido al control de los tribunales (STS de 7 de abril de 2009).

<sup>1056</sup> Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, de la Comisión Nacional de la Competencia de diciembre 2009; Citamos, entre otras, las resoluciones de CNC, de 23 de marzo de 2011, asunto S/0156/09, terminación convencional de AISGE – operadores tv; la de 2 de marzo de 2012, expediente S/0157/09 – EGEDA (hoteles); Resolución de 22 de diciembre de 2011; de CNC de 19 de diciembre de 2011, Asunto S70208/09, AISGE – CINES; y la de CNMC, de 6 de diciembre de 2014, expediente S/0460/13, asunto SGAE-CONCIERTOS.

<sup>1057</sup> Calificativos que son traídos del Informe de la Comisión Nacional de Competencia de 2009 sobre entidades de gestión anteriormente citado. No obstante, tal simpleza y claridad, se ha de predicar en cuanto al resultado final reflejado en la tarifa aprobada y/o pactada por la entidad de gestión, habida cuenta que la aplicación de cualquier metodología – a fecha actual todavía no se ha aprobado la Orden correspondiente- que permita dar satisfacción al resto de requisitos exigidos para tal determinación, como veremos, se antoja compleja y habrá de basarse en exhaustivos análisis de mercado y estudios econométricos que, por su especial naturaleza, no pueden estar investidos del criterio de “simpleza”.

<sup>1058</sup> Con la salvedad advertida para “las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, o la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular” prevista con carácter taxativo en el apartado 4. del art. 157.

<sup>1059</sup> En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en su Sentencia núm. 71/2011 de 11 marzo, FDD 2º: “Otra de las cuestiones que CINE PALAFOX S.A. ha planteado es que AIE no se encuentra legalmente habilitada para establecer tarifas generales cuando, como en el caso, se trata de recaudar un derecho de remuneración equitativa por cuanto, según deduce del análisis del Art. 157 L.P.I., esa facultad solamente aparece contemplada, con determinadas excepciones, para la gestión de derechos exclusivos pero no para la de los derechos de remuneración equitativa. Consideramos que se trata de una

Veremos que, si bien se trata de una de las novedades de la reforma del TRLPI de 2014, no es más que el resultado de aglutinar los criterios que durante los últimos años fueron fijados por la doctrina jurisprudencial emanada de nuestros tribunales, del TJUE, de las resoluciones de los órganos de defensa de la competencia y de la Directiva 2014/26/UE <sup>1060</sup>.

Veremos, a su vez, que el uso de conceptos indeterminados nos lleva a un nivel tal de imprecisión, que favorece una alta litigiosidad hasta conseguir una interpretación pacífica. Nos referimos, entre otros que iremos analizando, a conceptos tales como que las tarifas han de ser *simples y claras*, establecidas en *condiciones razonables* y *buscando el justo equilibrio de las partes*.

Respecto de la exigencia de que las tarifas sean *simples*, es una obligación que excede del ámbito de las entidades de gestión, por cuanto, si este requisito se vincula a que “resulten comprensibles para el usuario”, dejaría en manos de los usuarios la valoración de su concurrencia, haciéndola dependiente, por ejemplo, de elementos como el nivel de especialización jurídica y económica de los usuarios de determinados sectores.

Que el importe de las tarifas se establezca *buscando el justo equilibrio entre ambas partes* solo se entiende si se refiere al ámbito de la negociación entre una asociación representativa del sector o, en su caso, un usuario significativo. Y ello por cuanto una negociación de la tarifa con cada uno de los usuarios individuales no significativos, cuya actividad y circunstancias obviamente serán singulares y propias, no pueden servir de referente válido para fijar una tarifa que ha de aplicarse a todo un sector.

---

interpretación voluntarista que soslaya el hecho de que el Art. 157-1,b) L.P.I. impone de manera general a las entidades de gestión la obligación de ‘establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio’. Sin efectuar esa clase de acotación; interpretación que, además, no se compadece gramaticalmente con la propia literalidad del Art. 108-5, párrafo 2º, concerniente al tipo de remuneración que es objeto del presente litigio, cuando utiliza la palabra ‘asimismo’, pues no cabe duda de que, situada en su propio contexto discursivo (en el párrafo anterior se acaba de someter un derecho afín a su cálculo mediante tarifas), el indicado vocablo –‘asimismo’- no puede tener otra significación que la de constituir una afirmación de igualdad, semejanza, conformidad o relación (Diccionario de la R.A.E.)”.

<sup>1060</sup> Al respecto resulta especialmente ilustrativa la literalidad con que se expresa en legislador comunitario en el considerando 31 de la Directiva 2014/26/UE: *Resulta especialmente importante que la concesión de licencias se realice en el marco de unas condiciones comerciales equitativas y no discriminatorias, a fin de que los usuarios puedan obtener licencias para las obras y otras prestaciones con respecto a las cuales una entidad de gestión colectiva representa derechos y de garantizar la remuneración de los titulares de derechos. Las entidades de gestión colectiva y los usuarios deben, por tanto, negociar de buena fe la concesión de licencias y aplicar unas tarifas que deben determinarse sobre la base de criterios objetivos y no discriminatorios. Es conveniente que los cánones de licencia o la remuneración determinados por las entidades de gestión colectiva sean razonables en relación con, entre otros factores, el valor económico del ejercicio de los derechos en un contexto particular.*



Así las cosas, no podemos dejar de indicar que la referencia al *justo de equilibrio* en el actual contexto, en el que el poder de mercado de usuarios significativos o de las asociaciones representativas de ciertos sectores es en algunos casos igual o superior al que pudieran ostentar las entidades de gestión, se ha de hacer atendiendo a que tales circunstancias sitúan a la entidad en una posición de inferioridad, toda vez que pesa sobre ella la obligación de hacer efectivos los derechos de remuneración cuya gestión tiene encomendada por mandato legal.

Nos referimos principalmente a los supuestos de la negociación para el establecimiento de tarifas de derechos de remuneración, los cuales no precisan de una autorización previa por parte de la entidad<sup>1061</sup> y, por tanto, no ampara acciones de cesación del uso del repertorio. La negativa o demoras en las negociaciones, ciertas recomendaciones a los asociados por parte de asociaciones de usuarios, la falta de pago del derecho de remuneración, etc. genera una clara asimetría entre las partes negociadoras a favor de los usuarios y en detrimento de la entidad de gestión. Situaciones estas que, en la experiencia en el campo de la gestión de los derechos de los artistas del audiovisual, han llevado en la práctica al bloqueo y dilación de la efectividad de sus derechos.

Por lo dicho, tal requisito de que el importe de las tarifas busque el *justo equilibrio entre ambas partes* exige de los usuarios una negociación real y efectiva, en la que se comparta (por ambas partes) información necesaria del sector, se formulen propuestas concretas, etc. El TRLPI no prevé ningún tipo de obligación de este tipo para los usuarios, dejando a un momento posterior el control de la concurrencia de dicho requisito. Nos referimos al control que en materia tarifaria se ha atribuido a la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual que abordaremos más adelante.

Por otra parte, una de las grandes novedades que introduce la reforma del TRLPI son los criterios que, *al menos*, han de tener en cuenta las entidades de gestión en la fijación de tarifas, dejando para el desarrollo reglamentario la metodología de las mismas<sup>1062</sup>. Esta inclusión obedece a una de las recomendaciones de la CNMC (anterior CNC), de ciertas asociaciones de usuarios y del Consejo de Estado<sup>1063</sup>.

---

<sup>1061</sup> Respecto a los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria, a diferencia de los derechos exclusivos, no resulta de aplicación la obligación de consignar las tarifas exigidas por la entidad de gestión *ex art.* 157.2 TRLPI, ni las acciones de cesación previstas en los art. 131 del TRLPI. Medidas que conforme a la CNC, han contribuido a la ineficacia de los mecanismos de negociación.

<sup>1062</sup> Art. 157.1.b) último párrafo: “La metodología para la determinación de las tarifas generales se aprobará mediante orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos”

<sup>1063</sup> El Consejo de Estado en Pleno, en su sesión celebrada el 28 de diciembre de 2013, tras examinar el expediente sobre el Anteproyecto de ley de modificación del TRLPI, advierte de la ausencia de sistematización del texto proyectado -que a salvo de

La regulación en materia de determinación de tarifas tal y como ha sido establecida en la Ley, no cuenta con una regulación uniforme o generalizada en el ámbito del Derecho comparado<sup>1064</sup>. La Directiva 2014/26/UE, en su art. 16.2 dispone que las tarifas han de ser *razonables en relación con, entre otros factores, el valor económico de la utilización de los derechos negociados, teniendo en cuenta el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión colectiva*, y regula la obligación de las entidades de gestión de informar al usuario de los *criterios utilizados para la fijación de esas tarifas*.

En cuanto a la interpretación de cada uno de los criterios fijados en el art. 157.1.b) del TRLPI<sup>1065</sup>, vendrá determinada por aquellos criterios económicos y jurídicos que permitan ajustarse a cada uno de los factores previstos en la norma, tarea que no resultará fácil atendiendo al nivel de imprecisión y falta de claridad de ciertos aspectos de su redacción.

En términos generales, y atendiendo a los derechos de gestión colectiva obligatoria, reconocidos, entre otros titulares, a los artistas intérpretes del audiovisual, en el proceso de elaboración de las tarifas habrá de tenerse en cuenta que su importe es la remuneración por el uso que realizan los usuarios de sus actuaciones o prestaciones artísticas integradas en grabaciones audiovisuales protegidas por el TRLPI. Siendo así, y atendiendo a que deben buscar el justo equilibrio entre titulares y usuarios y que su importe ha de fijarse en condiciones razonables, el precio fijado ha de garantizar el interés de los titulares (artistas del medio audiovisual) a percibir una justa retribución que garantice la prosecución de su actividad creativa<sup>1066</sup>.

---

pequeñas matizaciones se corresponde con el finalmente aprobado- y, al respecto, manifiesta: “El Consejo de Estado considera que el Anteproyecto debe incluir un precepto que regule de manera integral el régimen de las tarifas generales, en el que se contemplen además de los criterios a que deben ajustarse, el procedimiento, los plazos, las fases de negociación, las especialidades tarifarias, en su caso, las funciones de la CPI al respecto, el régimen sancionador, su vigencia y revisión, además de las normas de derecho transitorio necesarias”.

<sup>1064</sup> La Directiva 2014/26/UE, art. 16.2: “*Los titulares de derechos percibirán una remuneración adecuada por la utilización de sus derechos. Las tarifas aplicadas a los derechos exclusivos y a los derechos a remuneración serán razonables en relación con, entre otros factores, el valor económico de la utilización de los derechos negociados, teniendo en cuenta la naturaleza y ámbito de uso de las obras y otras prestaciones, y el valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión colectiva. Las entidades de gestión colectiva informarán al usuario de que se trate de los criterios utilizados para la fijación de esas tarifas*”.

<sup>1065</sup> Aún no ha sido aprobada la norma de desarrollo de la metodología general que deben seguir las entidades de gestión para el cálculo de las tarifas generales, a la que habrá que estar en última instancia. No obstante, habida cuenta la interpretación que se sustenta en estos comentarios halla su fundamento en consolidada jurisprudencia, la orden que fije la metodología debiera inspirarse y, en su caso, desarrollar análogas pautas interpretativas.

<sup>1066</sup> La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, nos dice en su Considerando 10: *Para que los autores y los intérpretes puedan continuar su labor creativa y artística, deben recibir una compensación adecuada por el uso de su obra, al igual que los productores, para poder financiar esta labor. La inversión necesaria para elaborar productos tales como fonogramas, películas o productos multimedia, y servicios tales como los servicios “a la carta”, es considerable. Es indispensable una protección jurídica adecuada de los derechos de propiedad intelectual para garantizar la disponibilidad de tal compensación y ofrecer la oportunidad de obtener un rendimiento satisfactorio de tal inversión.*

### 1º.- El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

Se refiere este criterio a que las tarifas generales habrán de fijarse teniendo en cuenta el valor económico que supone para el usuario el uso “efectivo” del repertorio, esto es, se ha de poner en relación con el tiempo que el usuario utilice el repertorio *en el conjunto de su actividad*. Se trata, en definitiva, de un criterio cuantitativo. Lo que no significa que todas las tarifas se definan en función del tiempo real del uso.

Efectivamente, las entidades habrán de acudir a métodos o criterios de valoración que permitan adecuar las tarifas al grado de uso efectivo. Al respecto existen elementos que de manera reiterada han sido admitidos por nuestros tribunales (v.gr. ingresos de taquilla para las salas de exhibición<sup>1067</sup>; índice de ocupación para establecimientos hoteleros<sup>1068</sup>; superficie y número de aparatos para determinados establecimientos abiertos al público; etc.).

Ahora bien, se ha de señalar que en ocasiones la mera “disponibilidad” o “puesta a disposición”, entendida ésta como la posibilidad que da el usuario (v.gr., establecimiento hotelero, hostelero, etc.) a sus clientes de acceder al repertorio, genera un valor económico para el usuario, con independencia del tiempo que los clientes “usen” el repertorio<sup>1069</sup>.

Para este tipo de situaciones, dicho criterio se debería interpretar permitiendo una determinación del grado del uso a través de medios indirectos, y contemplar la obligación del usuario de facilitar la información necesaria a tal fin, cuando sea posible y no suponga un coste tan elevado

---

<sup>1067</sup> V.gr., SSTs de 10 y 12 de diciembre de 2014.

<sup>1068</sup> Por todas cumple citar la STS de 15 de enero de 2008, que afirma “[n]o puede razonablemente considerarse abusiva la aplicación de las tarifas formuladas, a falta de acuerdo, cuando se reducen a la utilización real de la comunicación pública, por referirse a habitaciones y apartamentos *ocupados*”. En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencias de 10 de septiembre de 2008, 18 de febrero de 2009, 13 de diciembre de 2010 y 23 de marzo de 2011.

<sup>1069</sup> La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), en su Sentencia de 19 mayo de 2011, resume certeramente esta tesis a la vista de la Jurisprudencia existente, cuando señala que “para comprobar la ‘equidad’ de las mismas [de las tarifas] hay que partir -como ya dijo esta Sala en su sentencia de 17 de junio de 2009 - del concepto de equidad como referido al justo equilibrio de la remuneración. Así, la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de Noviembre de 1992 habla de remuneración equitativa, como el instrumento necesario para lograr un equilibrio adecuado entre el interés de los artistas, intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas a percibir una remuneración por su difusión y el interés de los terceros a emitir dichos fonogramas en condiciones razonables”.

Y la “razonabilidad” del precio hace referencia al que se puede determinar en un mercado ‘fiable’; es decir, sin variables ‘anormales’.

Esto impone la observación de determinados parámetros o criterios de comparación. Así, la STJUE de 14 de julio de 2005 habla de la posibilidad de tener en cuenta la audiencia ‘real’ y la audiencia ‘potencial’. La STJUE de 6 de febrero de 2003 no se opone a que se puedan utilizar factores ‘variables’ y ‘fijos’.

La citada STS de 18 de febrero de 2009 señala como ideal y más equitativo el criterio de ‘efectividad’ de uso del repertorio, por encima del criterio de ‘disponibilidad’. Pero la misma sentencia afirma a renglón seguido que las tarifas deberán ajustarse “en lo posible” al criterio de efectiva utilización, y ello por la real dificultad de controlar exacta e individualmente cada acto de ‘comunicación pública’ que el usuario realiza”.

que pudiera llevar a una tarifa económicamente ineficiente<sup>1070</sup>. La aplicación de tarifas por “disponibilidad” es asimismo aceptada por la CNC, como ya señaló en su informe de 2009, y reiteró en su informe al Anteproyecto al proponer una modificación del texto para incluir las tarifas por disponibilidad.

2º.- La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

La interpretación de este criterio se habrá de poner en relación con el volumen de obras o prestaciones que configuran el repertorio de la correspondiente entidad de gestión utilizado por el usuario en su actividad (criterio cuantitativo), y su relevancia atendiendo al carácter de “principal” o “secundario” que tenga el uso dentro de la actividad del usuario”<sup>1071</sup> (criterio cualitativo). En estos supuestos la relevancia vendrá relacionada con el impacto que tiene el uso del repertorio en la generación de ingresos (directos o indirectos) para el usuario. Siendo así, dado que el valor económico que dicho uso tiene para los primeros (principal) es mayor que para los segundos (secundario), las tarifas que paguen los primeros habrán de ser superiores a las que paguen los segundos.

Ahora bien, el hecho de que en determinados supuestos el uso del repertorio no sea esencial para determinados modelos de negocio; o que no haya un ánimo de lucro directo, no puede conllevar a que se exima al usuario del pago de la remuneración y no se garantice, en consecuencia, el derecho de los titulares a percibir una justa retribución por el uso de sus prestaciones.

3º.- La amplitud del repertorio de la entidad de gestión.

Este criterio se refiere al número de obras y prestaciones que la entidad administra. Se trata, por tanto, de un criterio que atiende a datos cuantitativos.

En el ámbito de la gestión de los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria, el repertorio se refiere a prestaciones artísticas de las categorías y colectivos *in genere* de titulares,

---

<sup>1070</sup> El razonamiento es perfectamente compatible y coherente con la Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006 (asunto prejudicial C-306/05 SGAE-Rafael Hoteles). Sentencia que constituye, a su vez, la base de la doctrina jurisprudencial relativa a la comunicación pública de obras audiovisuales en las habitaciones de los hoteles y describe la comunicación pública en este caso, como el acto por el que el titular del establecimiento hotelero pone a disposición de sus clientes la señal de la televisión, redistribuyéndola en cada una de las habitaciones. Si la habitación está vacía, este acto carece de trascendencia, puesto que no existe un público potencial. En cambio, si la habitación está ocupada el acto de comunicación pública se produce por la mera disponibilidad de la señal para el cliente.

<sup>1071</sup> Para la amenización musical, las entidades vienen diferenciando el uso principal (*v.gr.*, en discotecas), el uso necesario (*v.gr.*, disco-pub) y el uso secundario o incidental, entendido este último como aquel que, de cesar, no altera la naturaleza del establecimiento o su modo de explotación.

comprendidos en el ámbito de protección de la Ley de Propiedad Intelectual, en los términos previstos en los estatutos y en la autorización administrativa de la entidad de gestión. En cambio, en el de los derechos exclusivos de gestión colectiva voluntaria, se refiere al conjunto concreto de obras cuyos derechos administra la entidad por mandato expreso de sus titulares o en virtud de los acuerdos suscritos con entidades extranjeras.

Junto a la concreción de las prestaciones artísticas que integran el repertorio de la entidad, se han de delimitar las tipologías de creaciones o prestaciones<sup>1072</sup>. A su vez, el repertorio habrá de ponerse en relación con los derechos objeto de explotación y el tipo de uso que realiza el usuario.

*4º.- Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.*

Este criterio se refiere a la relación que ha de tener la tarifa con el nivel de ingresos obtenidos por el usuario derivados de la utilización del repertorio de la entidad de gestión. Ello no puede suponer que queden excluidos de su ámbito de aplicación los ingresos no vinculados directamente a la explotación en aquellos supuestos en los que el usuario no percibe retribución o contraprestación directa por parte de sus clientes (v. gr. pubs, discotecas, emisoras de radio, hoteles, etc.).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 15 de marzo de 2012 (asunto C-162/10)<sup>1073</sup>, con reiteración de los pronunciamientos de la anterior Sentencia de 7 de diciembre de 2006 (asunto C-306/05), considera que para que haya comunicación al público basta con que la obra se ponga a disposición del público, de tal forma que quienes lo deseen puedan acceder a ella, siendo irrelevante si los clientes han efectivamente accedido a las obras, dado que es la mera disponibilidad de acceso lo relevante a estos efectos. De ello se deriva la obligación de pago de la remuneración para el usuario que realice un uso secundario de las obras o

---

<sup>1072</sup> Este sistema de concreción del repertorio fue admitido en el expediente de terminación convencional S/0156/09, aprobado por la Resolución del Consejo Nacional de la Competencia, de 23 de marzo de 2011.

<sup>1073</sup> En efecto, el TJUE concluye que “debe considerarse que la intervención del establecimiento hotelero para dar acceso a sus clientes a la obra radiodifundida es una prestación de servicios suplementaria efectuada con el objetivo de obtener algún beneficio. No puede negarse que la inclusión de este servicio influye en la categoría del hotel y, por tanto, en el precio de las habitaciones. En consecuencia, se estime o no que, como alega la Comisión de las Comunidades Europeas, la existencia de un fin lucrativo no es una condición necesaria para que se dé una comunicación al público, ha quedado acreditado en cualquier caso que en circunstancias como las que son objeto del asunto principal la comunicación se orienta por un fin lucrativo” (STJUE 7/12/2006). Reiterando este criterio al considerar que: “...la intervención del establecimiento hotelero para dar acceso a sus clientes a la obra radiodifundida es una prestación de servicios suplementaria que influye en la categoría del hotel y, por tanto, en el precio de las habitaciones (véase, en este sentido, la sentencia SGAE, antes citada, apartado 44). Además, puede atraer clientes interesados en ese servicio suplementario (véase, por analogía, la sentencia de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League* y otros, C-403/08 y C-429/08, Rec. p. I-0000, apartado 205)”.

prestaciones amparadas por los derechos de propiedad intelectual, aunque no persiga un fin lucrativo directo.

Operan en este caso los mismos presupuestos descritos anteriormente, ligados con las obligaciones de información por parte del usuario a la entidad. La viabilidad de la tarifa estará en función, tanto de los costes de implantación de un sistema de estimación de ingresos, como aquellos derivados del control de la veracidad de los datos declarados. Atendiendo a la concurrencia de tales presupuestos, se podrá admitir un sistema de estimación directa, basado en la determinación de los ingresos directamente vinculados al uso del repertorio respecto del conjunto de ingresos de explotación obtenidos por el usuario en el ejercicio de su actividad. En cambio, en ausencia de tales presupuestos, habrá que acudir a un método de estimación indirecta de ingresos. En este caso, las entidades de gestión, para determinar el valor económico de la utilización del repertorio, deberán estar a la información disponible con carácter público de alcance económico o estadístico en el correspondiente sector económico de actividad, o, incluso, a informes estadísticos sobre datos de ingresos relativos al promedio del correspondiente sector, etc.

Siendo así, la aplicación de este requisito precisa de la colaboración del usuario, por cuanto habrán de facilitar cierta información sobre sus ingresos económicos derivados del uso de los derechos administrados por la entidad de gestión<sup>1074</sup>.

5º.- El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.

El servicio de intermediación que presta la entidad a los usuarios posibilita el uso del repertorio por parte de éstos a un coste infinitamente menor al que habría de hacer frente para obtener la correspondiente autorización individual de cada titular de derechos o, en el caso de los derechos de remuneración, hacer efectivo el pago a una infinidad de titulares. Este ahorro de costes genera

---

<sup>1074</sup> Al respecto, el Considerando (33) de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales, prevé que *con objeto de velar por que las entidades de gestión colectiva puedan cumplir las obligaciones establecidas en la presente Directiva, los usuarios deben facilitar a esas entidades información pertinente sobre el uso de los derechos representados por las entidades de gestión colectiva. Esta obligación no se debe aplicar a las personas físicas que actúan para fines ajenos a su actividad comercial, empresarial, artesanal o profesional y que, por lo tanto, no responden a la definición de usuario de la presente Directiva. Además, la información requerida por las entidades de gestión colectiva para poder ejercer sus funciones debe limitarse a lo que es razonable y necesario para los usuarios, y que está a disposición de estos, teniendo en cuenta la situación específica de pequeñas y medianas empresas. Esa obligación podría incluirse en un acuerdo entre una entidad de gestión colectiva y un usuario; dicha inclusión no obsta a los derechos legales nacionales a información.*

un valor económico para el usuario, y es a dicho valor económico al que se refiere el presente requisito. También en relación con este requisito es necesaria la colaboración del usuario, en cuanto a la información relativa al uso concreto de los derechos administrados por la entidad de gestión.

En cuanto a los gastos que habrán de ser tomados en consideración a la hora de fijar dicho valor económico, todo apunta a que serán los gastos de recaudación en que incurra la entidad; aquellos asociados al control del uso del repertorio; costes fijos de funcionamiento; aquellos otros inherentes a la aplicación de sistemas de estimación directa de ingresos en relación con el uso concreto de cada usuario; gastos de verificación de los datos de uso e ingresos declarados por el usuario, etc.

*6º.- Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización.*

Este criterio hace referencia a que las tarifas generales aplicadas a usuarios que realicen una actividad similar y una misma modalidad de explotación no pueden incurrir en la prohibición de discriminación entre usuarios para prestaciones y usos equivalentes. Dicho criterio se corresponde con uno de los fijados por la doctrina consolidada del Tribunal Supremo y resoluciones de los órganos de defensa de la competencia<sup>1075</sup>.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que existan diferencias tarifarias entre usuarios para prestaciones y usos equivalentes sin que ello suponga que incurran en discriminación. Ello tiene lugar cuando las diferencias descansan en justificaciones objetivas. Así las cosas, las únicas diferencias proscritas serían aquellas faltas de dicha justificación objetiva del valor económico del uso de los derechos.

*7º.- Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación.*

Las comparativas entre sistemas tarifarios internacionales solo caben cuando existan bases homogéneas de comparación. Este criterio ha sido utilizado por los órganos de la competencia

---

<sup>1075</sup> Por ejemplo, en las Resoluciones del TDC de 27 de julio de 2000 (Expediente 465/99 *Propiedad Intelectual Audiovisual*) y de la CNC de 2 de marzo de 2012 (Expediente S/0157/2009, *Egeda*).

cuando han analizado las conductas de las entidades de gestión en sus procesos de fijación de tarifas<sup>1076</sup>.

Dicha comparativa no está libre de complicaciones por cuanto que, por una parte, no se trata de una materia armonizada en el seno de la UE; y por otra, la situación de usuarios, mercados de explotación de obras y prestaciones artísticas, desarrollo tecnológico o costes de transacción no es uniforme dentro de los Estados Miembros de la Unión Europea<sup>1077</sup>.

Lo que parece que no encuentra justificación es que el legislador no haya incorporado como uno de los requisitos que se “tendrán en cuenta” la comparativa con los sistemas tarifarios de entidades de gestión españolas. Así, y dado que los criterios recogidos en el 157.1.b) TRLPI no son *numerus clausus*, nada impide que se trate de un criterio adicional que las entidades podrían añadir en el proceso de fijación de tarifas.

### **(iii).- Notificación y control de las tarifas generales por la Administración (Art. 157.1.j) TRLPI).**

La obligación de notificar al Ministerio de Cultura (actual Ministerio de Educación, Cultura y Deporte) las tarifas generales y sus modificaciones, tal y como estaba prevista en el anterior art. 159.3 TRLPI, ha sufrido un cambio profundo<sup>1078</sup>. Así, mientras que con la anterior regulación, la obligación consistía únicamente en notificar al Ministerio las tarifas y sus modificaciones, así como los contratos generales celebrados con asociaciones de usuarios y los concertados con organizaciones extranjeras, con la actual se exige, además, la notificación de los *principios, criterios y metodología utilizados para su cálculo*.

Por otra parte, frente a la anterior regulación, en la que la obligación de notificar no llevaba aparejado ningún control por parte del Ministerio, la nueva regulación atribuye a la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual nuevas competencias de control sobre la

---

<sup>1076</sup> Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 14 de diciembre de 1998 (Onda Ramblas/AGEDI, expediente 430/98) y Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de marzo de 2012 (Expediente S/0157/2009).

<sup>1077</sup> La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 13 de julio de 1989, asunto 395/87, incide en la necesidad de utilizar bases homogéneas de comparación y precisa que cuando una empresa en una posición dominante impone por los servicios que presta tarifas que son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, y cuando la comparación entre las cuantías de las tarifas se haya llevado a cabo sobre una base homogénea, dicha diferencia deberá ser considerada como el indicio de la explotación abusiva de una posición dominante. En esos casos, corresponderá a la empresa en cuestión justificar la diferencia, basándose en la existencia de divergencias objetivas entre la situación del Estado miembro de que se trate y la situación que prevalezca en los demás Estados miembros.

<sup>1078</sup> En efecto, el art. 159.3 TRLPI ya obligaba a las entidades de gestión a notificar al Ministerio de Cultura sus tarifas generales y cualquier modificación de las mismas, lo cual no implica control de ningún tipo. Sin embargo, el Ministerio de Cultura, como órgano encargado de la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones que la Ley impone a las entidades de gestión, y siendo precisamente una de las ellas la de establecer tarifas, si estaría habilitado para examinar las mismas, cuestión distinta es que *de facto* no haya ejercido sus facultades en la materia.



equidad, ausencia de discriminación y adecuación a los requisitos previstos en el art. 157.1.b) TRLPI.

El verdadero alcance y posibles efectos sancionadores del control por parte de la Sección Primera son cuestiones que no han sido delimitadas con la suficiente claridad. Estipula la norma que en el supuesto de que la Sección Primera aprecie cualquier incumplimiento de las anteriores obligaciones (equidad, ausencia de discriminación y adecuación a los requisitos previstos en el art. 157.1.b) TRLPI, ésta ha de comunicar tal circunstancia a la CNMC. No tiene sentido que cualquier tipo de infracción de las obligaciones impuestas en materia de fijación de tarifas quede sometida a la CNMC. En este sentido, cabe preguntarse si cualquier incumplimiento respecto a los criterios exigidos por el art. 157.1.b) TRLPI, tendría encaje entre las conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, pues tal solución parece desmesurada. En buena lógica, aquellos incumplimientos que no puedan ser susceptibles de afectar al mercado relevante, o no encajen en el tipo del abuso de posición dominante sancionado por la Ley 15/2007, deberían permanecer en el ámbito de control del Ministerio u órgano competente de la Comunidad Autónoma cuando así proceda, con sujeción al régimen sancionador previsto en el Título VI del TRLPI. Y ello atendiendo a que la CNMC no ostenta una facultad de control general sobre la fijación de tarifas.

El art. 157 *bis* TRLPI impone a las entidades un deber genérico de colaboración y de respuesta diligente a los requerimientos de la Administración. Las novedades, en relación con el régimen en vigor del anterior art. 159 TRLPI, se refieren tan sólo a los contratos de gestión y a los principios, criterios y metodología para el cálculo de las tarifas.

En resumen, el mecanismo de control es ahora cuádruple: 1º).- por un lado las obligaciones previstas en el propio art. 157 limitan la capacidad de las entidades de gestión en favor de las garantías legalmente reconocidas al usuario; 2º).- por otro, la Sección Primera ostenta nuevas facultades de control sobre las tarifas de las entidades<sup>1079</sup> y, por otro, 3º).- el derecho del usuario a acudir a los órganos de Defensa de la Competencia (o ante cualquier otra instancia, incluida la judicial) si estima que existe cualquier práctica irregular o ilícita en el proceder de la entidad en

---

<sup>1079</sup> La Ley 21/2014 atribuye competencias a la Sección Primera de la CPI en los casos en los que las entidades de gestión no lleguen a establecer nuevas tarifas pactadas con asociaciones de usuarios representativas del sector o usuarios significativos. En concreto, la disposición transitoria segunda dispone: 3. *A excepción de los casos mencionados en el apartado anterior, las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual deberán negociar con las asociaciones representativas a nivel nacional del sector correspondiente y con los organismos de radiodifusión nuevas tarifas adaptadas a los criterios establecidos en el artículo 157.1 b) del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual en el plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de la ley. A falta de acuerdo entre las partes se estará a lo dispuesto en el artículo 158 bis.3 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.*

la fijación de las condiciones de las autorizaciones, o de las tarifas generales. Finalmente y sin perjuicio de todo lo anterior, tal cual se ha anticipado, 4°).- siempre queda la opción de combatir la supuesta inequidad de las tarifas en sede judicial.

(iv).- Obligación de celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios (art. 157.1.c) TRLPI).

La letra c) del apartado primero del art. 157 TRLPI *estipula la obligación de las entidades de negociar y celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de sus repertorios, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.*

Esta obligación viene determinada por dos condiciones. En primer lugar, ha de ser la asociación quien lo solicite<sup>1080</sup>. La principal consecuencia que se deriva de tales acuerdos es que la aplicación de las condiciones convenidas se extiende a todos los usuarios del sector de que se trate. Si bien dicho precepto es aplicable tanto en el ámbito de gestión de los derechos exclusivos como de los de remuneración, la experiencia nos indica que es una práctica habitual de los de remuneración. Y ello atendiendo a que el usuario viene obligado legalmente al pago de los derechos, sin la necesidad de autorización. Con todo, no se prevé explícitamente ninguna causa que justifique la negativa por parte de la entidad a atender la solicitud de celebración de un contrato general cursada por una asociación de usuarios suficientemente representativa. Por tanto, las entidades deben hacer un uso muy restrictivo y prudente de esa posibilidad, acudiendo a ella tan sólo cuando consten acreditadas razones fundadas.

En segundo lugar, la ley acota el ámbito a aquellas asociaciones que sean *representativas* del sector correspondiente, sin embargo, no define qué es una asociación *representativa*. La indeterminación del precepto nos lleva una vez más a que se habrá de estar al caso concreto y recomendar a las entidades de gestión que hagan una interpretación amplia de dicho concepto.

Al margen de lo expuesto, la cuestión a abordar en lo que se refiere a esta obligación viene del hecho de que disponga expresamente la obligación de contratar. Sin duda la intención del legislador no es imponer tal obligación. De ser así, el poder que estaría otorgando al usuario es de tal magnitud que podría llevar a situaciones de bloqueo o dilación intencionado de la

---

<sup>1080</sup> Aunque la práctica más habitual en la gestión de derechos de simple remuneración nos dicta que son las propias entidades de gestión las que se dirigen a las asociaciones de usuarios para la negociación de las condiciones en las que tales derechos se harán efectivos.

negociación por su parte. La interpretación de este precepto puesta en relación con aquellos otros que regulan los derechos de remuneración (arts. 90, 108, 116 TRLPI), nos lleva a concluir que esta obligación se refiere a “negociar”, no a “contratar”.

Uno de los escenarios de conflicto hasta la fecha es, precisamente, la aplicación de bonificaciones a las tarifas para los usuarios miembros de la asociación que suscribe el convenio. Sobre ellas, y sobre el posible trato discriminatorio a que podría dar lugar, se han pronunciado los órganos de defensa de la competencia<sup>1081</sup> y el TS, en sentido no siempre uniforme<sup>1082</sup>, así como varias Audiencias Provinciales<sup>1083</sup>. Así las cosas, de nuevo hemos de llamar la atención acerca de la oportunidad desperdiciada por el legislador de clarificar dicha cuestión.

---

<sup>1081</sup> Entre otras, las resoluciones de CNC, de 23 de marzo de 2011, asunto S/0156/09, terminación convencional de AISGE – operadores TV; la de 2 de marzo de 2012, expediente S/0157/09 – EGEDA (hoteles); Resolución de 22 de diciembre de 2011; de CNC de 19 de diciembre de 2011, Asunto S70208/09, AISGE – CINES; y la de CNMC, de 6 de diciembre de 2014, expediente S/0460/13, asunto SGAE-CONCIERTOS.

<sup>1082</sup> El Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra del establecimiento por parte de la entidad de gestión de un trato discriminatorio de un usuario individual frente al dispensado a los miembros de una asociación de usuarios. Así, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2008, rechaza el trato discriminatorio dispensado por la SGAE a un usuario individual (productor musical, en ese caso) frente al otorgado una asociación representativa del sector.

<sup>1083</sup> Entre otras, resultan especialmente ilustrativos los siguientes pronunciamientos. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en la Sentencia núm. 104/2013 de 11 marzo, declara: “Aún cuando la entidad recurrente sostiene en su recurso la bondad de la tarifa general y su carácter equitativo (páginas 27 y siguientes), entendemos correcta la valoración del juez a quo, que sostuvo lo contrario, fundamentalmente, por apartarse el porcentaje sobre ingresos de los criterios fijados en los acuerdos sectoriales alcanzados por AIE con dos asociaciones representativas del sector; la Sociedad de Empresarios de Cine de España (SECIES) y Nueva Asociación de Exhibidores de Cine de España (NAECE).

Si, por no mediar acuerdo con el exhibidor, se exige a éste una remuneración que difiere sustancialmente de la exigida a los exhibidores asociados, aunque sea conforme a la tarifa general, se quiebra el principio de igualdad y la remuneración no podrá considerarse equitativa. Así lo tiene dicho el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de diciembre de 2008; “para que pueda entenderse justificado -dice dicha sentencia-, desde la perspectiva del principio de igualdad, un trato desigual impuesto por las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual entre los contratos celebrados con productores individuales y los celebrados con las organizaciones representativas del sector, al amparo, respectivamente, de los artículos 157 a) LPI y 157c) LPI, no basta con poner de manifiesto que se trata de situaciones formalmente distintas y encuadradas en preceptos legales diferentes, sino que es menester, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, demostrar que la distinción de situaciones tiene una base material o, cuando menos, que la ley ha creado una categoría de situaciones o sujetos apta para ser objeto de un tratamiento específico.

En el caso examinado la parte recurrente, a quien, desde la perspectiva de la protección del derecho fundamental, corresponde la demostración de que la diferencia de trato está justificada, se limita a insistir en la distinción que, a su juicio, establece la ley entre los contratos individuales y los contratos celebrados con las asociaciones representativas del sector, encuadrándolas en preceptos formalmente separados; pero no justifica que dicha distinción comporte efectos materiales en cuanto al trato que deba dispensarse a unos y a otros desde el punto de vista de una remuneración de idéntica naturaleza por idénticas prestaciones en torno al uso de los mismos derechos de propiedad intelectual cuya gestión le corresponde. Únicamente parece afirmar que el trato más favorable a las asociaciones representativas del sector responde a su carácter colectivo y tiene como objeto facilitar la gestión de los contratos. Resulta evidente que esta justificación es insuficiente, no solamente porque, como pone de relieve la sentencia recurrida, no puede justificar una diferencia tan desproporcionada de trato económico como es la observada, sino también porque admitir lo contrario supondría la imposición indirecta de la obligación de integrarse en una asociación para obtener un trato más favorable de la sociedad demandante, en contra del derecho fundamental de asociación, en su vertiente negativa.”. En análogo sentido la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), en su Sentencia de 11 marzo de 2011, manifiesta: “Lo que persigue el factor de corrección que ahora examinamos (comparación tarifa/convenios del sector) es evitar que el deudor que no ha considerado oportuno integrarse o aceptar los términos de un convenio se vea injustamente discriminado mediante una cuantificación de su deuda desproporcionadamente desigual con la deuda que resultaría en caso de haberse adherido a aquél. Por lo tanto, en el caso de que la remuneración que se reclama se haya establecido mediante el sistema de tarifas generales, lo que ha de ser objeto de comparación -por respeto al principio de homogeneidad- es, por un lado, la remuneración que se exige al deudor disidente en aplicación de tal tarifa y, por otro, la remuneración que resultaría de la aplicación de las reglas de un convenio que se hubiere celebrado una vez vigente esa misma tarifa.”

Dicha obligación constituye una garantía del principio de igualdad de trato y no discriminación, ya que todos los usuarios amparados por el convenio sectorial gozan de las mismas condiciones previstas en el mismo. A su vez, la jurisprudencia ha perfilado esta obligación imponiendo a su vez a las entidades la obligación de hacer extensivas las condiciones del convenio sectorial al resto de usuarios del sector respecto de los que concurran circunstancias análogas, y ello con independencia de que pertenezcan o no a la asociación sectorial con la que se ha suscrito el convenio. El TS se ha pronunciado en contra del establecimiento por parte de la entidad de gestión de un trato discriminatorio de un usuario individual frente al dispensado a los miembros de una asociación de usuarios<sup>1084</sup>.

A través de la negociación de tales acuerdos, las entidades de gestión pactan determinadas bonificaciones o descuentos a favor los miembros de la asociación sectorial, que se admiten siempre que cuenten con una justificación objetiva y no conlleven tratos discriminatorios a favor de los usuarios miembros de la entidad<sup>1085</sup>.

Por último, las entidades de gestión están obligadas a notificar al Ministerio de Cultura este tipo de acuerdos.

#### (v).- Obligaciones de transparencia e información frente a los usuarios (art. 157.1.d, e y f).

Se ha de partir diciendo que la mayor parte de las obligaciones relativas a la transparencia e información frente a los usuarios está en torno a la explotación del repertorio. En el caso de los derechos exclusivos, tal exigencia viene refrendada por la doctrina más autorizada en la materia<sup>1086</sup>, y, según el criterio de la CNMC, constituye un presupuesto necesario para garantizar la competencia<sup>1087</sup>.

---

<sup>1084</sup> El TS, en su sentencia de 22 de diciembre de 2008 declaró que: “para que pueda entenderse justificado, desde la perspectiva del principio de igualdad, un trato desigual impuesto por las sociedades de gestión de derechos de propiedad intelectual entre los contratos celebrados con productores individuales y los celebrados con las organizaciones representativas del sector, al amparo, respectivamente, de los artículos 157 a) LPI y 157 c) LPI no basta con poner de manifiesto que se trata de situaciones formalmente distintas y encuadradas en preceptos legales diferentes, sino que es menester, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, demostrar que la distinción de situaciones tiene una base material o, cuando menos, que la ley ha creado una categoría de situaciones o sujetos apta para ser objeto de un tratamiento específico”. El TS estima que “admitir lo contrario supondría la imposición indirecta de la obligación de integrarse en una asociación para obtener un trato más favorable (...), en contra del derecho fundamental de asociación, en su vertiente negativa”.

<sup>1085</sup> Vid. STS de 22 de diciembre de 2008.

<sup>1086</sup> Así, MARÍN LÓPEZ opina que “únicamente de ese modo [informando sobre el contenido del repertorio] el usuario estará en condiciones de valorar el alcance económico de la autorización, una vez que cuente con la lista de titulares de derechos administrados por la entidad, y, sobre todo, de tomar conocimiento de los titulares que no forman parte del repertorio y cuyas obras, por tanto, no pueden ser comunicadas sin obtener previamente una autorización de quien corresponda [de aquellos titulares que, o bien han encomendado la gestión de sus derechos a otra entidad, o bien han decidido gestionar directa e individualmente sus derechos]”, – MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1997, *óp. cit.*, pág. 2136.

<sup>1087</sup> Vid. Informe de la CNC, de diciembre de 2009, párrafos 164 a 169.

Por su parte, la Directiva 2014/26/UE, sobre gestión colectiva, incorpora en su art. 16 la obligación para usuarios y entidades de intercambiar toda la información necesaria. Conforme al art. 20 de la Directiva 2014/26/UE, dentro de la información que las entidades han de facilitar a los usuarios, previa petición de estos, está el repertorio.

A la hora de hablar de repertorio administrado por las entidades, se ha de distinguir entre la administración de derechos de gestión colectiva voluntaria y obligatoria. En el ámbito de la gestión colectiva voluntaria, el repertorio viene configurado en atención a las categorías, colectivos y titulares administrados conforme a los contratos de gestión o acuerdos internacionales de representación recíproca para la gestión de derechos exclusivos.

En cambio, en el ámbito de los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria, el repertorio de una entidad de gestión lo constituye el conjunto de obras y prestaciones protegidas por la ley cuyos derechos administra colectivamente, atendidos los límites administrativos, estatutarios y legales a los que queda sujeto. Como ya hemos apuntado, en el caso de los artistas del audiovisual, el repertorio viene configurado por el conjunto de actuaciones integradas en prestaciones artísticas del colectivo *in genere* de artistas protegidas conforme a los criterios del art. 164 TRLPI. Es decir, y en lo que concierne a los límites legales, para determinar el repertorio de una entidad de gestión en relación con los derechos de remuneración que administra habrá que acudir necesariamente al ámbito de aplicación del TRLPI.

Ya apuntamos que la falta de distinción en el texto normativo de las obligaciones referidas a los derechos de gestión colectiva obligatoria y de los de gestión colectiva voluntaria, lleva a plantear la irrelevancia, a los efectos de determinar el repertorio en el ámbito de la gestión colectiva obligatoria, de los “acuerdos de representación con organizaciones de gestión extranjeras”, por cuanto en este ámbito, tales acuerdos tiene por objeto la distribución y pago de las remuneraciones. Por ello, tal requisito debiera ser aclarado en el sentido de sólo ser exigible para los supuestos de gestión colectiva voluntaria.

Dicho lo anterior, entramos ahora en las nuevas obligaciones que establecen las letras d) a f), del apartado 1, del art. 157 TRLPI. Tales obligaciones encuentran su justificación en la transparencia frente a los usuarios, con el objeto de facilitar a los mismos toda la información utilizada por las entidades de gestión que fundamentan sus sistemas tarifarios.

La letra d) recoge la obligación referida a difundir en su sitio web, de manera fácilmente accesible, 1).- las tarifas junto con los principios, criterios y metodología; 2).- el repertorio gestionado; 3).- los contratos suscritos con asociaciones de usuarios y modelos de contratos; y 4).- los sistemas, normas y criterios de reparto.

Se ha de señalar aquí que si los principios, criterios y metodología de las tarifas vienen fijados legalmente en la ley y en la futura Orden que desarrolle la metodología, la obligación de difundir dicha documentación en la página web de la entidad parece infundada. La obligación debiera estar referida a facilitar al usuario la documentación que recoja los fundamentos, criterios y metodología de las tarifas, sin que encuentre justificación que su desarrollo concreto haya de hacerse público a través de la página web de la entidad.

Finalmente, se establece una nueva obligación a las entidades de gestión en la letra e), consistente en *participar en la creación, financiación y mantenimiento de una ventanilla única de facturación y pago*, con el objetivo de facilitar a los usuarios de forma actualizada y veraz el coste individual y total a satisfacer al conjunto de entidades como resultado de la aplicación de las tarifas, y realizar el pago correspondiente. Queda fuera del ámbito de la ventanilla única las competencias y obligaciones relativas al establecimiento de tarifas y su negociación con el usuario. Esta nueva imposición enlaza con la Disposición Adicional Primera de la Ley 21/2014, en el marco de la medidas de reducción de los costes de transacción<sup>1088</sup>.

La competencia para vigilar la observancia de las reglas de funcionamiento de la ventanilla única y los estatutos de la persona jurídica que se constituya, corresponden, en sus respectivos ámbitos, al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

---

<sup>1088</sup> El Proyecto aprobado el 14 de febrero de 2014 introduce un giro sustancial respecto al alcance del régimen de actuación conjunta obligatoria que amparaba el anterior Anteproyecto y, que, con carácter omnicompreensivo, afectaba todos los ámbitos de actuación de las entidades, incluyendo la fase negociación con los usuarios, determinación de tarifas, recaudación y pago. Tal sistema de gestión conjunta obligatoria generaba numerosas dudas interpretativas, incluso de adecuación al resto de disposiciones aplicables a las entidades de gestión, distorsionando el sistema de gestión colectiva y el mercado, en perjuicio, igualmente, de usuarios y entidades, amén de su dudoso encaje constitucional. Finalmente el Proyecto aprobado por el Consejo de Ministros incluyó el sistema de ventanilla única que, salvo pequeños matices, finalmente se recoge en la Ley 21/2014.

Los elementos configuradores de la ventanilla única son claros:

- a) El ámbito y objeto de la persona jurídica que han de constituir todas las entidades es limitado y se circunscribe a las operaciones de información, facturación y pago, quedando excluida, por tanto, cualquier negociación con los usuarios;
- b) El sistema de facturación y pago a través de la ventanilla es voluntario y opcional para los usuarios.
- c) La ventanilla deberá prestar sus servicios en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias: garantizando la prestación de servicios a toda entidad de gestión legalmente establecida; debe incorporar las tarifas generales vigentes para cada colectivo de usuarios y en relación con todas las entidades; y facilitar el pago de los importes de las tarifas generales que los usuarios adeuden a las entidades de gestión.

(vi).- Obligación de hacer efectivos los derechos de remuneración administrados (art. 157.4) TRLPI).

El último apartado del art. 157 TRLPI recoge la obligación de hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa *correspondientes a los distintos supuestos previstos en esta Ley*. El precepto hace clara referencia a los derechos de remuneración, con exclusión de los derechos exclusivos, salvo el derecho exclusivo referido a la autorización de la distribución por cable (art. 157.4, *in fine*) . Una vez más reiteramos que el legislador desaprovechó la oportunidad que le brindaba la redacción de una nueva ley de reforma del TRLPI para una sistematización definitiva, diferenciando qué obligaciones van referidas a la gestión de derechos exclusivos y cuáles a la de derechos de remuneración.

Cada uno de los preceptos que dentro del TRLPI establecen un derecho de remuneración determinan que éstos se harán efectivos a través de la entidad o entidades de gestión que correspondan. Siendo así, bastaría con que el art. 157 TRLPI estipulase que las entidades de gestión están obligadas a hacer efectivos estos derechos en los términos que se establezca para cada uno de ellos.

En realidad, en esta obligación se hallan implicadas la obligación de los usuarios de hacer efectivo el pago de los derechos de remuneración y la correlativa obligación de la entidad de recaudar tales derechos. La efectividad a través de las entidades de gestión de estos derechos comprende –*ex arts. 108.6 y 122.3 TRLPI*- la negociación con los usuarios, la determinación, la recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad del derecho. Dichas actividades son inherentes al sistema de gestión colectiva y, por tanto, son aplicables las reglas que ya hemos tratado sobre le mismo.

Finalmente, cumple remarcar que la obligación que contiene el art. 157.4 TRLPI en algunos casos ocasiona que la entidad de gestión lleve a cabo una administración poco económica del derecho, puesto que en sectores complicados o en declive, las tareas propias para hacer efectivo un derecho (negociar, recaudar, distribuir) son más costosas que cualquier cantidad que pudiera finalmente recaudar por tal derecho.

## **5.2.2.- La fase de distribución y las normas de reparto.**

### **5.2.2.1.- Aspectos generales.**

Cuando se habla de distribución o reparto de derechos se quiere aludir, en realidad, a la distribución de los rendimientos económicos que hayan generado las obras o prestaciones artísticas amparadas por los derechos de propiedad intelectual.

Más concretamente, para poder hablar de distribución es preciso que tales rendimientos hayan sido recaudados de manera colectiva y constituyan un proindiviso, de manera que los derechos exclusivos, por ejemplo, cuando se gestionan individualmente, no precisan de esta fase de distribución, pues cada titular adquiere sus rendimientos directa e individualmente. Ahora bien, en el caso de los derechos de remuneración de gestión colectiva obligatoria, como son todos los que el TRLPI atribuye al artista sobre su interpretación fijada en un soporte o sistema audiovisual, los rendimientos económicos que se recauden a través de su entidad de gestión (en España, AISGE), deberán ser distribuidos cual créditos mancomunados entre los artistas titulares de las interpretaciones audiovisuales por cuyo uso o utilización comercial se generaron tales rendimientos económicos colectivamente recaudados.

El reparto o distribución de los derechos de remuneración que amparan las interpretaciones audiovisuales en España entronca directamente con el fundamento mismo de la propiedad intelectual, que no es otro que el de garantizar un incentivo económico al creador mediante la participación en los rendimientos que de tal naturaleza generan las obras o prestaciones artísticas. Solo cuando el titular del derecho ha recibido, tras el reparto, el pago de tales rendimientos económicos podemos decir que el derecho de propiedad intelectual que le ampara ha sido eficaz y ha desplegado sus efectos.

Es más, si el nivel de transparencia de una entidad de gestión se pudiera medir y desglosar por las modalidades de actividades que desarrolla, podría afirmarse sin duda que el 90% de su transparencia reside en la distribución de los derechos recaudados. La diligencia que se ha de exigir para gestionar intereses ajenos ha de ser la máxima, incluso por encima de la de “un buen padre de familia” de nuestro Código civil<sup>1089</sup>.

---

<sup>1089</sup> En cuanto que nivel de diligencia medio que exigen los arts. 270, 497, 1104, *in fine*, 1555.2º, 1719, *in fine*, 1889 y 1903, *in fine*, del Cc. Con ello no se quiere decir que la gestión de derechos e intereses ajenos que conlleva la gestión colectiva sea más relevante y exija mayor diligencia que los negocios referidos en tales preceptos, sino que se hace tan solo con la intención de



Prueba de ello lo constituye la Directiva 26/2014/UE, ya que, no obstante llevar su Capítulo segundo, del Título II, la rúbrica de *Gestión de los ingresos de derechos* [gestión de las sumas recaudadas], su regulación abarca las dos principales facetas de la gestión colectiva: la recaudación y el reparto o distribución de derechos, así como el destino que se le pueda dar a las cantidades recaudadas antes de su reparto y liquidación.

Se establece, así y como hemos visto, la obligación de las entidades de gestión de actuar con la diligencia debida en la recaudación y administración de los derechos antes de su reparto, conforme a las pautas establecidas en su art. 11 en relación con tales cantidades.

La consideración individualizada a los titulares y a sus creaciones alcanza especial relevancia en la fase de reparto o distribución. Cuando nos encontramos en dicha fase se hace necesario individualizar el derecho o cuantía económica que corresponde a cada titular en la forma legal prevista (al menos de manera proporcional o equitativa al uso de sus obras o prestaciones artísticas). Es más, el reparto de lo recaudado por la entidad no puede hacerse sólo entre los socios, sino entre todos los titulares de las creaciones intelectuales explotadas, constituyéndose al efecto las denominadas reservas de derechos (de cantidades de dinero generadas) a favor de aquellos titulares que no son miembros de la entidad al tiempo del reparto. Obviamente, solo las cantidades recaudadas bajo la fórmula de la gestión colectiva serán susceptibles de ser repartidas, no así las obtenidas a título individual. Sólo una cuantía indivisa precisa de división, pues pertenece proindiviso a un colectivo de titulares y bajo ese carácter se ha obtenido.

Así pues, el reparto de las cantidades recaudadas por una entidad de gestión entre sus legítimos titulares se configura, junto con la recaudación de las mismas, como uno de los fundamentos esenciales de la gestión colectiva. Es cierto que en algunos casos no se le atribuyó la importancia que merece esta fase de la gestión colectiva, y tal vez por ello las dudas de transparencia se hayan centrado en las operaciones de reparto y liquidación de derechos, más que en su recaudación. Sin lugar a dudas, el reparto debería ser asumido por cada entidad de gestión con la mayor de las responsabilidades.

---

enfatizar que la distribución y pago de los rendimientos económicos ajenos constituyen las operaciones de mayor relevancia, y sin embargo de mayor descuido en general, dentro del especial sistema de gestión colectiva, lo cual ha de exigir, como lo hace la Directiva 26/2014/UE, la máxima transparencia y diligencia.

#### 5.2.2.2.- Obligaciones y criterios de la Directiva 2014/26/UE en relación con la fase y procesos de distribución y pago.

En relación con el reparto, el art. 13 de la Directiva establece, entre otras, las siguientes obligaciones:

- Las entidades de gestión deberán repartir y liquidar (pagar), de forma periódica, diligente y con exactitud las cantidades correspondientes a todos los titulares que representa.
- El reparto y liquidación deberá tener lugar no más tarde de nueve meses desde el final del ejercicio fiscal en el que dichas cantidades fueron recaudadas, salvo que concurran causas objetivas -relacionadas con la información facilitada por el usuario, la identificación de los derechos o de los titulares, o el cotejo de la información sobre obras y otras prestaciones con los titulares de derechos.
- En relación con aquellas cantidades que no pueden ser repartidas, transcurridos tres años desde el final del ejercicio fiscal en el que fueron recaudadas (y siempre que la entidad de gestión haya adoptado todas las medidas necesarias para identificar y localizar a los titulares), la entidad decidirá el destino de las mismas de conformidad a lo decidido por la Asamblea General.

#### 5.2.2.3.- Principios, criterios o normas para una distribución equitativa, objetiva y transparente: el sistema de AISGE.

##### 5.2.2.3.1.- Bases y principios del proceso de distribución.

Cuando menos, y para evitar otro foco importante de controversia y de opacidad por parte de algunas entidades de gestión, los principios y criterios de reparto, en algunos aspectos y en la medida de lo posible, han de guardar relación con los aplicados en la recaudación. No se trata de que sean exactamente los mismos, pero sí guardar una relación de proporcionalidad, en función del uso efectivo de cada prestación u obra, aplicando la máxima objetividad y transparencia en ambas fases. Especial consideración merece al respecto el hecho de que alguna entidad aplique en la fase de recaudación un criterio de protección (*v.gr.*, reciprocidad formal) respecto de titulares extranjeros diferente al aplicado en la fase de reparto (*v.gr.*, reciprocidad material), produciéndose así uno de los efectos perversos de la gestión colectiva -desautorizado jurídica y

moralmente- al cobrar por todos y solo repartir entre unos cuantos bajo criterios extraños a la equidad, la seguridad jurídica y el sentido común.

Dicho de otra manera, las normas o criterios de reparto que aplique cada entidad de gestión deberán responder, como vimos con anterioridad, a una serie de principios. A esos principios básicos hemos de añadir el uso de medios tecnológicos idóneos, tanto para identificar usos como para articular los anteriores principios y demás reglas de reparto de una manera más rigurosa. Hoy en día, los procesos de reparto exigen administrar una gran cantidad de información diversa, y sólo a través de buenos desarrollos informáticos específicos y compatibles con el sector correspondiente pueden facilitar la compleja labor de distribución.

Solo así podremos lograr el objetivo esencial de una distribución equitativa, rigurosa y precisa, así como alcanzar un alto estándar de transparencia en la gestión colectiva.

#### 5.2.2.3.2.- El artículo 154 TRLPI y los principios del reparto.

El art. 154 TRLPI tiene un antes y un después de la reforma introducida por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre. El antes, está configurado por el texto primigenio recogido en el art. 139 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual<sup>1090</sup>, que se ha mantenido hasta hoy día<sup>1091</sup> junto con una matización al reparto y una nueva regulación del pago y de la prescripción de los derechos recaudados. Es decir, la nueva redacción no excluye la anterior, la reafirma, incorporándola a un nuevo contenido. Y es que lo primero que llama la atención al acercarse al nuevo art. 154 TRLPI es que ha alterado radicalmente de contenido. Sin embargo, como señalamos, esta nueva redacción obedece más a una introducción de nuevos supuestos normativos que a un cambio en su redacción original. Ya el Proyecto, publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 21 de febrero de 2014<sup>1092</sup>, presentó el nuevo título del artículo y su contenido, haciendo referencia a los tres supuestos contemplados en el mismo que han permanecido en la redacción actual: reparto, pago y prescripción de derechos. La redacción

---

<sup>1090</sup> El texto, del mencionado artículo, decía lo siguiente:

1. *El reparto de los derechos recaudados se efectuará equitativamente entre los titulares de las obras o producciones utilizadas, con arreglo a un sistema predeterminado en los Estatutos y que excluya la arbitrariedad.*

2. *Las Entidades de gestión deberán reservar a los titulares una participación en los derechos recaudados proporcional a la utilización de sus obras.*

<sup>1091</sup> Así es. La redacción dada al art. 154 a pesar de las numerosas reformas acontecidas en esta norma desde su aprobación, sólo ha sido cambiada, antes de 2014, una vez y fue para alterar el numeral. Aconteció con la Ley 5/1998, de 6 de marzo cuando el antiguo art. 139 pasó a ser al 154 actual. El contenido permaneció inalterado.

<sup>1092</sup> Se puede ver el texto completo en:

[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-81-1.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-81-1.PDF#page=1).

anterior, únicamente referente al *Reparto de derechos*, es acogida en su práctica totalidad en los nuevos arts. 154.1 y la primera frase del 154.2. El resto, casi mil palabras más, no existía en el TRLPI.

En lo que se refiere al reparto, el art. 154 TRLPI es, sin duda, una de las columnas en las que se basa el régimen jurídico de las entidades de gestión. Los actuales apartados 1 y 2 fijan los principios del reparto que han de regir en toda entidad de gestión. Principios que se materializarán en las respectivas normas<sup>1093</sup> que, vía estatutaria<sup>1094</sup> o, más concretamente, de reglamentación interior, determinaran el cómo y el cuándo se lleva efectivamente a cabo esta relevante finalidad de la entidad respecto a los titulares de derechos que se acogen en su seno. Y es que esta es la finalidad fundamental de la entidad de gestión: repartir lo recaudado entre los titulares de los derechos. Es el reparto el que dota de funcionalidad y de objeto a la misma. El reparto es la actividad que define a la persona jurídica entidad de gestión, sin ella carece de esa virtualidad, ya que es la que en último extremo legitima la recaudación y el resto de actividades de la misma. Es, en resumen, “una de las piezas esenciales y cruciales del sistema de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual”<sup>1095</sup>.

El reparto, tal y como lo presenta el art. 154 TRLPI, se ha de regir por los siguientes principios<sup>1096</sup>:

a) *Proporcionalidad*, es decir, que la distribución de la cuantía indivisa colectivamente recaudada se efectúe en función de criterios objetivos y proporcionales tales como el grado de utilización de la obra o interpretación artística, la incidencia de dicha utilización en la generación de rendimientos para el usuario, la contribución de cada creación al devengo de la cuantía indivisa objeto de distribución, la frecuencia y duración de ese uso o explotación, etc.;

b) *Equidad* “natural”, de manera que la proporción no sea automática, sino que permita criterios que salvaguarden la justicia distributiva, esto es, que las reglas, criterios o normas de reparto

---

<sup>1093</sup> Muy ilustrativa a este respecto es la definición que de normas de reparto nos da DELGADO PORRAS: “Se entiende por normas de reparto el conjunto de disposiciones que, en cada entidad, rigen el procedimiento de determinación y distribución de las cantidades recaudadas en la actividad de gestión y destinadas a ser percibidas individualmente por los titulares de las obras o prestaciones de cuya explotación esas cantidades traen causa” -DELGADO PORRAS, Antonio, *Comentarios al Código Civil*, óp. cit., pág. 964.

<sup>1094</sup> Así lo exige el art. 151.10 TRLPI. Si bien, como ha señalado MARÍN LÓPEZ, ninguna entidad de gestión hace constar estas reglas en los Estatutos sino en reglas de régimen interno, estableciendo en los primeros “meros criterios generales que en poco o nada se apartan de lo que ya ordena el artículo 154” -MARÍN LÓPEZ, Juan José, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2007, óp. cit., pág. 1925.

<sup>1095</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2007, óp. cit., pág. 874.

<sup>1096</sup> En este punto sigo la exposición que realiza de los mismos DELGADO PORRAS, Antonio, *Comentarios al Código Civil*, óp. cit., págs. 965-967.

incorporen elementos o índices correctores cuantitativos y cualitativos, pues, en otro caso, no sería más que el resultado de una distribución aritmética;

c) *Ausencia de arbitrariedad*, principio de vital importancia, pues aglutina en cierto modo al resto en el sentido de que lo determinante no es recibir más o menos en las operaciones de reparto, sino lo que corresponde a cada cual en base a los demás principios y criterios, evitando la discriminación, esto es, que unos reciban más a costa de que otros reciban menos;

d) *Predeterminación*, consistente en que la entidad de gestión deberá haber configurado de forma previa al reparto las normas a las que deberá ajustarse el mismo, cuyos principios y criterios generales deberán estar predeterminados en los estatutos sociales (*ex art. 151.10 TRLPI*); se trata, en definitiva, de positivizar todos los principios y criterios distributivos en orden a una mayor seguridad jurídica, de tal suerte que las reglas de distribución, además de ser proporcionales, equitativas y justas, han de figurar por escrito, predeterminadas, para evitar la arbitrariedad y la violación del resto de principios;

e) *Diligencia*: este último principio ha sido añadido por la Ley 21/2014 en el art. 154 TRLPI, con el siguiente tenor: *el reparto y el pago se efectuarán diligentemente*. La diligencia exigida no añade en sí misma ninguna obligación nueva para las entidades de gestión que no cupiera deducir de la buena fe exigible en el cumplimiento de las obligaciones que, con alcance general, instaura el Código civil.

f) *Afectación de lo recaudado al pago*: el pago proviene del ingreso de unos derechos que corresponden a los titulares administrados, por tanto, el destino natural de las cantidades recaudadas ha de ser el reparto a los mismos.

Pero si hasta aquí, más o menos como se ha señalado con un pequeño matiz, sería el régimen anterior a la Ley 21/2014 referente al art. 154, por lo que respecta al reparto he de señalar un par de novedades. Junto con la obligación que se establece de suministro de información por parte de los usuarios a las entidades de gestión, el hecho más novedoso se concreta en que la Ley 21/2014 faculta al máximo órgano de gobierno de las entidades de gestión a poder establecer *ciertas reglas que tengan en cuenta, (...) las obras, interpretaciones, ejecuciones o transmisiones culturalmente relevantes o su naturaleza, primicia o cualquier otro aspecto objetivamente razonable, así como los acuerdos internacionalmente alcanzados*. Criterios tan indeterminados que se presentan como de dudosa armonización con los principios que rigen el reparto, ya que

este, como se ha visto, ha de ser *proporcional a la utilización de sus obras*, efectuarse *equitativamente* y mediante un sistema que *excluya la arbitrariedad*. Y ello sin entrar en la extraordinaria generalidad de los términos empleados que añade una inseguridad jurídica radical en el margen de establecer desigualdades autorizadas previamente por el legislador. Este tipo de redacciones tan vagas e imprecisas en leyes tan especiales no son sino una fuente inagotable de conflictos interpretativos que abocan a una excesiva litigiosidad por la paupérrima técnica legislativa empleada por los redactores.

Mención especial merece el nuevo *régimen de prescripción* de los rendimientos económicos de los derechos recaudados y repartidos por las entidades de gestión y su posterior destino, que se ha abordado con anterioridad en el capítulo relativo a la duración.

Ahora bien, más que anticipar el tiempo de disposición de cantidades que no son suyas a favor de la entidad, los puntos de resolución más relevantes en este apartado son: cómo se localiza e identifica a los titulares de esos rendimientos susceptibles de prescripción y, sobre todo, qué destino se les va a dar a los mismos. Al primer supuesto, el legislador ha contestado de una manera muy pírrica, siendo la utilización de su página *web* el único de los propuestos que parece tender a la eficacia. La página *web* de la entidad servirá para poner en conocimiento de sus miembros, otras entidades y del público en general, un listado de obras cuyos titulares no hayan sido identificados o localizados, conjuntamente con cualquier otra información que permita dichos extremos. Entendemos que esta información, unida a la labor de los buscadores de Internet, puede llevar a cualquier interesado a localizar derechos y prestaciones de forma más efectiva que el resto de medidas incluidas en este artículo.

En cuanto al destino de las cantidades prescritas, la reforma obliga a que se destinen a las siguientes finalidades: a la realización de actividades asistenciales de los miembros de la entidad y/o actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes y ejecutantes; a la promoción de la oferta digital legal de las obras y prestaciones protegidas, que posteriormente explica la Ley 21/2014 en qué consiste; a acrecer el reparto a favor del resto de obras gestionadas por la entidad de gestión, y a la financiación de una ventanilla única de facturación y pago. Siendo la Asamblea general de las respectivas entidades la que determine el porcentaje atribuido a cada una de tales finalidades que, salvo en el caso de la ventanilla única, no podrá ser inferior al 15 por ciento.

Dentro del mismo art. 154 TRLPI en sus apartados finales, la norma prohíbe *conceder créditos o préstamos, directa o indirectamente, ni afianzar, avalar o garantizar de cualquier modo obligaciones de terceros, salvo autorización expresa y singular de la Administración competente y siempre y cuando estén directamente relacionadas con actividades asistenciales y/o promocionales que redunden en beneficio de los titulares de derechos representados*. Del mismo modo, las entidades únicamente podrán *conceder anticipos a los miembros de la entidad, a cuenta de los futuros repartos de derechos recaudados, cuando su concesión se base en normas no discriminatorias y no comprometan el resultado final de los repartos de derechos*. Basadas, obviamente, tales prohibiciones en supuestos acaecidos en la gestión pasada de alguna de estas entidades.

Como puede verse, el art. 154 TRLPI ha agrupado muy diferentes supuestos que no existían en la regulación histórica del mismo y que, seguramente, hubiera sido mejor incluir en un artículo *bis* o *ter* dada la disparidad material de cada uno de sus apartados.

#### 5.2.2.3.3.- Los principios y criterios de distribución aplicados por AISGE.

##### (i).- Fases y operaciones del proceso de distribución de AISGE en general.

La entidad de gestión AISGE establece en sus normas de reparto cuáles son las distintas fases del proceso de distribución de los derechos recaudados entre las interpretaciones audiovisuales que integran su repertorio artístico. Tal proceso se articula una vez fijada la cantidad a repartir, procedente de la recaudación de un determinado usuario o categoría de usuarios, de manera que cumpliendo con los principios dispuestos en el art. 154 TRLPI, se determine el importe que ha de corresponder a la obra o grabación audiovisual explotada, como paso previo para poder establecer el importe relativo a cada interpretación artística integrada en la misma.

Las fases del proceso de distribución se encuentran definidas en el art. 10 de las Normas de Reparto de AISGE, y son las siguientes: 1ª.- referida a las minoraciones que deben efectuarse sobre las cantidades recaudadas antes de ser destinadas a la distribución; 2ª.- relativa a la determinación del importe asociado a la obra o grabación; 3ª.- relativa a la determinación del importe asociado al artista, respectivamente; y 4ª.- correspondiente a la liquidación y pago individualizado de los derechos devengados como resultado del proceso.

**(ii).-** Las “deducciones” previas al reparto.

Con carácter previo al desarrollo de las operaciones de distribución, AISGE procede a efectuar detracciones económicas sobre las cantidades recaudadas, según lo dispuesto en la ley y los estatutos de la entidad. Estas deducciones tienen por objeto constituir una dotación económica que permita tanto el desarrollo de la función social que a AISGE le corresponde efectuar conforme a lo dispuesto en el art. 155 TRLPI, como facilitar el propio sostenimiento económico de la entidad, sufragando los costes de recaudación y administración de la misma. Además permiten establecer una provisión o reserva general para hacer frente a posibles reclamaciones futuras al reparto.

Las deducción destinada a sufragar la denominada “función social” que AISGE, como el resto de entidades de gestión, viene obligada a fomentar conforme a lo dispuesto en el art. 155 TRLPI, tiene por objeto legal el desarrollo de actividades y servicios de carácter asistencial en beneficio de sus miembros, de formación y promoción, así como relativas a la oferta digital legal de las obras y prestaciones protegidas relativas a los derechos administrados. Tal función se encuentra regulada en los arts. 90 y 92.1 de los estatutos de AISGE, que establecen que el porcentaje destinado a tal fin, habrá de coincidir con el que reglamentariamente se determine en relación con la remuneración compensatoria en concepto de copia privada (art. 25 TRLPI), no pudiendo superar el 20% de la recaudación relativa a los derechos gestionados en los que la Ley no haga ninguna previsión al respecto.

En consecuencia, las Normas de Reparto de AISGE, en su art. 12, establecen como primera deducción previa al reparto, la minoración de un 20% de las cantidades correspondientes a la totalidad de los derechos recaudados, a fin de destinar tal porcentaje a los fondos económicos relativos al fomento y desarrollo de las actividades descritas en el art. 155 TRLPI.

Las normas de reparto de AISGE prescriben una segunda deducción previa al reparto, correspondiente a la detracción de un porcentaje, denominado “tasa de recaudación y administración”, sobre el total de los derechos recaudados por la entidad. Tal porcentaje se encuentra regulado en los arts. 89 y 92.1 de los estatutos de AISGE, estableciéndose que será fijado anualmente por el Consejo de Administración, debiendo ser ratificado por la Asamblea General de los socios.



Finalmente, la última deducción estatutaria reflejada corresponde a la dotación de una reserva general para hacer frente a cualquier reclamación relativa al reparto. Esta reserva se determina mediante la aplicación de un porcentaje a los derechos recaudados, el cuál debe ser aprobado para cada proceso de reparto por el Consejo de Administración de AISGE. Como el resto de las deducciones, la reserva general también presenta rango estatutario al encontrarse regulada art. 92.1 de los estatutos de AISGE.

**(iii).- El reparto a “la obra”.**

Una vez practicadas las deducciones estatutarias, el proceso de distribución de los derechos recaudados por AISGE continúa mediante la determinación del importe que ha de corresponder a cada obra o grabación audiovisual, como paso previo para la individualización de los importes correspondientes a las prestaciones artísticas contenidas en las mismas.

Conviene advertir que el concepto “obra” en esta fase de la distribución presenta un sentido amplio, pues conforme al art. 14 de las Normas de Reparto de AISGE, engloba cada uno de los actos de explotación o utilización que haya experimentado cada obra o grabación audiovisual considerada en el reparto. Por esta razón, será el sumatorio de los derechos resultantes para cada acto de explotación (v.gr., comunicación pública, puesta disposición, alquiler,...) de una misma obra o grabación audiovisual el que permita determinar el importe final que le corresponda en el proceso de reparto.

Por consiguiente, durante esta fase, AISGE realiza todas las operaciones destinadas a la identificación de la totalidad de los actos de explotación (exhibiciones, alquileres, emisiones televisivas, etcétera) correspondientes a las obras y grabaciones audiovisuales cuya explotación haya sido efectuada por un usuario o una determinada categoría de usuarios, así como los cálculos matemáticos necesarios para la determinación del “grado de utilización” de cada obra durante el periodo objeto de distribución.

AISGE se encuentra obligada legalmente a determinar el referido porcentaje o “grado de utilización” de cada obra, pues conforme a lo dispuesto en el art. 154.2 TRLPI, la participación de los titulares en el reparto de los derechos recaudados debe ser proporcional, precisamente, a la utilización de sus obras y prestaciones, de manera que para establecer tal proporcionalidad resulta necesario conocer previamente el uso realizado con respecto cada obra frente a las demás.

El análisis del grado de utilización de las obras y grabaciones audiovisuales depende del tipo de explotación que se realice de las mismas, de la modalidad del derecho generado y de la naturaleza del usuario o categoría de usuarios que hayan utilizado el repertorio administrado por la entidad. Con este fin se ha regulado una metodología específica para la identificación de las obras y la determinación de su correspondiente utilización por cada modalidad y derecho gestionado<sup>1097</sup>.

---

<sup>1097</sup> En relación con el reparto a “la obra” por la comunicación pública, AISGE regula en el art. 19 y siguientes de sus Normas de Reparto, el proceso de determinación del importe a asignar a cada obra dentro del reparto de los derechos recaudados por la comunicación pública de su repertorio. En tales artículos desarrolla los criterios y metodologías de distribución atendiendo a las diferentes modalidades de explotación o comunicación al público, esto es, la exhibición en salas de cine, en transportes colectivos de viajeros o en establecimientos comerciales (hoteles, clínicas, etcétera), así como su emisión o retransmisión a través de los canales de televisión digital terrestre, las plataformas de cable, satélite u otras redes de telecomunicación, además de por la puesta a disposición interactiva en cualquiera de sus formas (*video on demand*, etc.).

Si bien cada forma de explotación presenta sus particularidades, es muy relevante señalar que AISGE desarrolla el proceso de reparto de las obras en función de los datos reales correspondientes a la utilización de las mismas. Por consiguiente, la identificación de las distintas obras y grabaciones audiovisuales que deban ser consideradas en la distribución no dependerá de muestreos o declaraciones realizadas por los titulares de derechos, sino de la explotación efectiva que se haya producido de las distintas obras en el mercado audiovisual durante el periodo objeto de reparto.

En otras palabras, el reparto de los derechos recaudados por AISGE es de carácter objetivo, pues responde a los datos reales de explotación de las obras y grabaciones audiovisuales protegidas por la Ley, sea cual fuere su nacionalidad y con independencia de que tales obras cuenten o no en sus elencos con titulares de derechos miembros de AISGE o de las entidades de gestión extranjeras con las que esta tiene acuerdos de pago. Todas las obras protegidas legalmente son consideradas en la distribución, sin exclusión alguna.

Para poder desarrollar tal labor de identificación de las obras explotadas en el mercado, AISGE acude a diferentes proveedores y fuentes de información. Para efectuar el reparto de las obras exhibidas en las salas de cine, tal proveedor es el Instituto de la Cinematografía y las Artes Audiovisuales (ICAA), dependiente del Ministerio de Cultura, Educación y Deporte, que proporciona anualmente los datos oficiales de exhibición (obras, taquilla, número de espectadores) de todas las películas presentes en las salas de cine españolas. Por lo que respecta a las obras comunicadas a través de la televisión digital terrestre, o de las plataformas de cable, satélite y de puesta a disposición, tales datos de explotación (obras, fechas y horas de la comunicación, duración, *rating* y *share* de las emisiones, número de accesos, etc.) son recabados directamente de los usuarios o de un proveedor especializado en el mercado, concretamente, la empresa KANTAR MEDIA que es la única compañía en España que realiza la medición de audiencias y cuotas de pantalla.

Una vez identificadas todas las obras y grabaciones audiovisuales protegidas objeto de comunicación pública por los distintos usuarios, y haber acotado sus datos de explotación a la duración y naturaleza de las prestaciones artísticas fijadas en las mismas, AISGE procede a determinar el porcentaje respectivo a la utilización de cada una de ellas, con el fin de fijar una gradación porcentual de las obras según estas hayan sido más o menos utilizadas por el usuario. De tal manera que aquellas obras que hayan experimentado un mayor grado de comunicación al público, son las que reciben una mayor asignación en el reparto de los derechos recaudados.

Pues bien, para determinar el mencionado porcentaje o “grado de comunicación al público” de cada obra, AISGE establece igualmente distintas metodologías en función de la modalidad de la explotación realizada. En el caso de las películas exhibidas en salas de cine, el porcentaje de su utilización se establece mediante la comparación de los datos de ingresos por taquilla generados por la obra con los datos totales de los ingresos de taquilla generados por todas las películas exhibidas en el año.

La misma operativa se realiza en la explotación televisiva de las obras y grabaciones audiovisuales, donde a fin de determinar el grado de utilización o comunicación al público de cada obra, igualmente se comparan los datos de explotación de la obra en cuestión con el sumatorio de los datos de explotación de todas las obras comunicadas. En el ámbito televisivo, sea cual fuere la plataforma de emisión, AISGE emplea tres factores objetivos y unívocos del mercado audiovisual para realizar la referida comparativa. Estos factores son los datos de duración, de audiencia (*rating*) y de la cuota de pantalla (*share*) registrada por cada emisión de la obra o grabación audiovisual protegida.

Por lo que respecta a las recientes formas de explotación mediante la puesta a disposición interactiva (*v.gr. iTunes, Filmin*, etc.), el grado de utilización o comunicación al público de cada obra comunicada se determina por AISGE de forma igualmente objetiva en función de los datos del mercado. En este caso, la comparativa se efectúa entre el número de accesos a la obra objeto de análisis, con respecto al número total de accesos efectuados en todas las obras puestas a disposición del público por el usuario. Una vez determinado el porcentaje o grado de comunicación al público de cada obra frente a las demás, la determinación del importe a asignar a la obra se realiza separadamente por cada tipo y modalidad de derecho recaudado, siendo una operación ciertamente sencilla, que consiste únicamente en aplicar el mencionado porcentaje de utilización de cada obra a la cantidad total a repartir por el derecho objeto de distribución, resultando de esa forma el importe económico asociado a cada emisión o exhibición de la obra.

En cuanto al reparto a “la obra” por copia privada, AISGE establece en el articulado de sus normas de reparto un detallado sistema de identificación de las fuentes e índices de las grabaciones o copias privadas, según la tipología, género y nacionalidad de las obras objeto de comunicación pública. No obstante, a raíz de las diversas modificaciones legislativas sobre la referida compensación, así como atendiendo a los cambios en los hábitos de consumo de la sociedad española, que ciertamente han

Esta especialización en las metodologías del reparto responde a la distinta naturaleza de la explotación de las obras, y por lo tanto AISGE la establece únicamente en la fase de determinación del importe a la obra. Por el contrario, los criterios de asignación del importe a los artistas resultan comunes para todos los derechos y formas de explotación.

**(iv).-** El reparto a “los artistas” que intervienen en la obra: identificación y categorización de los titulares.

Concluida la fase de determinación del importe que corresponde a las obras y grabaciones audiovisuales, el proceso de reparto que realiza AISGE prosigue mediante una tercera fase o etapa, relativa a la identificación de los titulares de las prestaciones artísticas fijadas en cada obra, y su correspondiente categorización en función del grado de utilización de sus respectivas interpretaciones en la misma. Esta fase, denominada “reparto a los artistas”, resulta de crucial relevancia, pues permite la individualización de importes y, por tanto, la concreción de los derechos recaudados.

El proceso de reparto comienza con la identificación de los artistas que participan en las obras y grabaciones audiovisuales objeto de explotación durante la fase de recaudación. A tal efecto, disponen los arts. 91.3 y 92.1 de las Normas de Reparto de AISGE que para la determinación del importe correspondiente a cada titular se habrá de atender a la identificación de todos los artistas intervinientes en la obra, con independencia de que estos se encuentren o no afiliados a la entidad.

---

dificultado la realización de estudios fiables que puedan estadísticamente medir el volumen de copias privadas realizado en España, AISGE ha regulado un sistema subsidiario para el reparto de esta compensación en la disposición transitoria segunda de su normativa de reparto.

Este sistema subsidiario, actualmente aplicado para repartir las cantidades recaudadas por este concepto, prescribe el empleo de la misma metodología utilizada para la distribución de los derechos recaudados por la comunicación pública a través de plataformas de cable, satélite y redes de telecomunicación.

En consecuencia, las cantidades recaudadas por la compensación equitativa por copia privada son distribuidas por AISGE entre las obras y grabaciones audiovisuales con comunicación pública en los canales de televisión, tanto generalistas como de pago, presentes en la programación de señales del cable, determinándose el porcentaje de utilización de cada una de ellas, en función de su grado de comunicación al público, conforme a los criterios ya expuestos en el apartado anterior.

Y, en cuanto al reparto a “la obra” por el alquiler, muy similar al regulado para la comunicación pública, AISGE ha regulado el reparto de los derechos que puedan recaudarse por este derecho en el art. 83 y siguientes de su normativa de reparto, en los que establece que la identificación de las obras que deban ser consideradas en la distribución, se realizará atendiendo a los datos facilitados por los usuarios, o, en su defecto, a los correspondientes a la distribución comercial de las empresas que distribuyan vídeo, DVD y otros soportes que contengan grabaciones audiovisuales.

Identificadas las obras objeto de alquiler en España, procede determinar su grado de utilización, en este caso, “grado de alquiler” de cada obra, para lo que se comparará el número de operaciones de alquiler de la obra, o, en su defecto, el volumen de copias distribuidas para alquiler de la misma con los alquileres realizados del total de las obras objeto de reparto por este derecho. Tal operación ofrece como resultado el porcentaje o “grado de alquiler” de cada obra, el cual, aplicado a la cantidad total a repartir por este derecho, permite obtener el importe final asignado a la obra en el reparto.

En consecuencia, la determinación de la condición de titular de derechos se configura como el principal factor a tener en consideración en las labores de identificación de los intervinientes en las obras con prestaciones protegidas por la Ley, de tal manera, que todo aquel interviniente en la obra que resulte titular de prestaciones protegidas del repertorio artístico administrado por AISGE deberá ser incluido en el proceso de identificación previo al reparto al artista.

AISGE aborda la definición de titular de derechos y prestación artística protegida conforme a lo dispuesto en el art. 105 TRLPI. Por consiguiente, todo aquel interviniente en una obra o grabación audiovisual del repertorio artístico administrado por AISGE, que reúna las condiciones legales precisas para adquirir la condición de titular de derechos, habrá de ser considerado en el proceso de reparto.

Las metodologías que las entidades de gestión empleen para la identificación de titulares cobran una especial relevancia, dado que una gestión ineficaz en este ámbito, podrá terminar redundando en beneficio de los miembros de la entidad frente a los titulares que no se encuentren afiliados a la misma. Esto es así porque una vez transcurridos los plazos legales de prescripción (art. 154.4 TRLPI) o el plazo de tres años dispuesto para el uso anticipado de las cantidades no asignadas (art. 154.6 TRLPI), serán los socios de la entidad los que puedan acceder a servicios de diversa índole sufragados con cargo a los importes relativos a titulares no identificados.

Esta cuestión, además, se torna aún más relevante en el reparto de los derechos de gestión colectiva obligatoria, respecto a la identificación de los titulares que no son socios de la entidad y tampoco se encuentran representados por otras sociedades de gestión extranjeras con las que la entidad tenga suscritos acuerdos de intercambio de derechos.

A este respecto, los sistemas de identificación basados únicamente en las declaraciones juradas realizadas por los socios o por las sociedades de gestión extranjeras con las que puedan tenerse acuerdos de pago, ciertamente convierten en compleja la identificación de los titulares no adscritos a ninguna sociedad de gestión, pese a que la explotación de sus prestaciones artísticas haya resultado computada para la recaudación final de importes.

En relación con esta cuestión, AISGE se caracteriza precisamente por desarrollar una metodología de visionado de las obras y grabaciones audiovisuales explotadas y consideradas en la distribución, que permite la identificación tanto de las prestaciones protegidas, como de los titulares de las mismas, con absoluta independencia de si estos se encuentran o no afiliados a la

entidad. Tal metodología es aplicada a la identificación de las interpretaciones audiovisuales actorales y de danza, y encuentra su respaldo normativo en el art. 12 y siguientes del Reglamento para la Revisión del Reparto de AISGE.

Por lo que respecta a las prestaciones artísticas de voz o doblaje, o a las denominadas interpretaciones no convencionales, AISGE requiere de los directores de doblaje, una relación completa de los artistas intervinientes, con independencia de cuál sea su nacionalidad o afiliación a la entidad.

Realizada la identificación de los titulares de derechos cuyas interpretaciones audiovisuales hayan sido fijadas en las distintas obras o grabaciones consideradas en la distribución, AISGE confecciona una ficha informativa, denominada “ficha artística” o de reparto, que reúne la información de los artistas intervinientes en una obra o grabación, los cuales se encontrarán clasificados por categorías artísticas o de reparto en función del grado de su participación en la misma.

Para articular la categorización de los artistas, las Normas de Reparto de AISGE definen en su art. 94 cuatro niveles o categorías artísticas, que responden a la nomenclatura: A1, A, B y C, cuya asignación a los intérpretes se realiza atendiendo a parámetros objetivos de participación definidos y publicados previamente para cada tipo de producción (v.gr., cine, teatro, misceláneas, etc.).

La inclusión de un artista en las categorías definidas en el párrafo anterior se efectúa en función de su “grado de intervención” en la obra o grabación, calculado bajo criterios objetivos tales como el número de secuencias o número de minutos en los que aparece el artista, el número de frases pronunciadas por el artista en la obra, el número de *takes* o frases grabadas en el doblaje o la posición ocupada por el artista en la coreografía, en el caso de la danza. A tales efectos, las Normas de Reparto de AISGE establecen unos baremos u horquillas<sup>1098</sup> que cuantifican estos parámetros en función de la tipología de la prestación artística y los tipos de producción en la que esta se encuentra fijada: cine, series televisivas, danza, teatro o misceláneas.

---

<sup>1098</sup> A título de ejemplo, el art. 99.1 de las normas de reparto de AISGE regulan la categorización del elenco de actores en una obra cinematográfica, conforme a los siguientes baremos: *La determinación de la categoría de un artista que intervenga en una obra cinematográfica o en un telefilme se efectuará en función de los siguientes criterios.*

*Categoría A1: Intervención protegida en al menos el 50% de las secuencias de la obra.*

*Categoría A: Intervención protegida del 25% al 49% de las secuencias de la obra.*

*Categoría B: Intervención protegida del 5% al 24% de las secuencias de la obra.*

*Categoría C: Intervención protegida en menos del 5% de las secuencias de la obra.*

Con carácter general, en las prestaciones artísticas actorales, la determinación de la categoría de los distintos intérpretes intervinientes en una obra o grabación audiovisual se realiza atendiendo al porcentaje de secuencias en las que aparece cada artista en relación con el total de las secuencias existentes en la obra. No obstante, en aquellos casos en los que resulte preciso revisar la categorización por secuencias, AISGE contempla como criterio subsidiario la categorización en función, tanto de los minutos de aparición de cada artista con respecto a la duración protegida total de la obra, como del número de frases pronunciadas por cada intérprete.

Por lo que respecta a las prestaciones de voz o doblaje, los baremos de categorización responden al número de frases pronunciadas o dobladas, acuñado en las unidades de cómputo denominadas *takes* de grabación.

Una vez efectuada la categorización de los intérpretes que han intervenido en cada obra o grabación audiovisual considerada en la distribución, la normativa de reparto de AISGE establece los criterios para determinar el porcentaje o grado de utilización de sus respectivas prestaciones, siendo tal porcentaje el que permitirá su participación proporcional en el reparto del importe asociado a la obra conforme a lo dispuesto en el artículo 154.2 TRLPI.

En primer lugar, la normativa de AISGE establece la determinación del porcentaje o grado de intervención de todas las prestaciones correspondientes a una misma categoría. Para ello, AISGE establece un valor de intervención o de “minutaje” estandarizado para cada categoría<sup>1099</sup>, de tal manera que las prestaciones con mayor utilización, generalmente correspondientes a papeles protagónicos o principales, presenten una valoración mayor que las que corresponden a papeles con menor utilización.

Tal valor por categoría se ha de poner en relación con el número de intérpretes clasificados en la misma, de manera que la multiplicación del valor asociado a cada categoría por el número de intérpretes que la integran permita conocer la relevancia o peso de esa categoría frente a las demás. En realidad, tal operación compara el valor de los intérpretes clasificados en una misma

---

<sup>1099</sup> El art. 95.1 de las Normas de Reparto de AISGE establece que: *A cada categoría se le asociará un valor estandarizado de intervención en la obra en minutos:*

*Categoría A1: valor de intervención = 15 minutos*

*Categoría A: valor de intervención = 10 minutos*

*Categoría B: valor de intervención = 5 minutos*

*Categoría C: valor de intervención = 2 minutos*

categoría con el valor de todos los intérpretes de la obra, obteniéndose el porcentaje que representa tal categoría con respecto a las restantes.

Determinado tal porcentaje o grado de intervención de cada categoría, su consiguiente aplicación al importe del reparto asignado a la obra, permite determinar las cantidades económicas correspondientes a cada categoría.

Por lo tanto, el importe final que corresponderá a cada artista por su participación en la obra objeto de distribución, responderá a la división del importe correspondiente a cada categoría entre el número de artistas clasificados en la misma, de tal manera que todos los intérpretes que se encuentren clasificados en una misma categoría perciban el mismo importe en el reparto de la obra.

**(v).- Liquidación y pago a los titulares.**

El proceso de reparto de AISGE concluye mediante el desarrollo de una última fase o etapa, correspondiente a la liquidación y pago de los derechos previamente asignados a cada artista.

La determinación del importe de la liquidación a cada titular resultará de la suma de todos los “importes artista” que le correspondan por cada prestación protegida considerada en la distribución de derechos.

Cumple señalar que TRLPI obliga a que las entidades de gestión reflejen en la liquidación que realizan a sus miembros los derechos y la modalidad de los mismos por la que generan rendimientos, así como el periodo de devengo, el origen o procedencia de la recaudación y las deducciones aplicadas (art. 157.1.h TRLPI). Tales datos informativos son reflejados en las liquidaciones emitidas por AISGE, reguladas en el art. 145 de sus normas de reparto, en el que se aborda precisamente el desglose de cantidades a los titulares de derechos, sean estos miembros o no de la entidad.

En este sentido, el proceso de liquidación, al igual que el de asignación de importes, no presenta diferenciaciones entre los socios de AISGE, los miembros de otras entidades de gestión con las que AISGE pueda haber suscrito convenios de pago, y los titulares que no se encuentren afiliados a ninguna de las anteriores. A todos ellos se les aplican los mismos criterios de distribución y liquidación, si bien, en el caso de los artistas miembros de sociedades extranjeras

con las que AISGE haya suscrito acuerdos, el abono de los derechos se adecúa a los plazos y demás especificaciones convenidas en tales acuerdos<sup>1100</sup>.

Por lo que respecta a los titulares de derechos que no son miembros de ninguna entidad, y que por lo tanto se encuentran identificados pero no localizados, AISGE impulsa diferentes campañas de búsqueda y localización para proceder a su liquidación y pago dentro de los plazos de prescripción legalmente establecidos. A estos efectos, igualmente publica la totalidad de las obras y grabaciones audiovisuales consideradas en los procesos de reparto, incluyendo las que puedan tener titulares no identificados y/o localizados, tal y como dispone el art. 157.1.d TRLPI.

## **6.- EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD DE LA GESTIÓN COLECTIVA: LAS ACTIVIDADES DE CARÁCTER ASISTENCIAL, FORMATIVO Y PROMOCIONAL.**

El objetivo prioritario y fundamental de toda entidad u organización que se dedique a la gestión colectiva de los derechos intelectuales se concreta en recaudar y repartir lo recaudado entre sus legítimos titulares. Ahora bien, ello no obsta para considerar que los caracteres esenciales que configuran la gestión colectiva, anteriormente apuntados, se completen con las posibilidades que esta forma de ejercicio brinda al desarrollo de actividades de carácter asistencial a favor de los titulares que administra, y de carácter promocional o formativo para todo el colectivo o sector de la actividad creativa de donde derivan los correspondientes derechos. Y es precisamente la conjunción de los objetivos que cubren estas actividades complementarias de la gestión colectiva y su forma de financiación lo que constituye una aplicación particular del principio de solidaridad entre los titulares o creadores de una determinada categoría.

La circunstancia de que en el ámbito de la gestión colectiva los rendimientos que se recaudan como consecuencia de la aplicación de las tarifas generales sean globales, esto es, sin concretar ni sumar los rendimientos de cada titular individual, sin duda, favorece la dotación de fondos para tales actividades que, por tener un carácter solidario, se hallan absolutamente desvinculadas de las cantidades que cada titular pueda recibir o del repertorio que este aporte a la gestión colectiva. De

---

<sup>1100</sup> El art. 146 de las Normas de Reparto de AISGE aborda la liquidación a las entidades de gestión extranjeras estableciendo que: *La liquidación a Entidades Extranjeras de repartos de los que resulten acreedoras de sus socios, se efectuará en función de los acuerdos de reciprocidad suscritos.*



hecho, la realidad pone de manifiesto que aquellos titulares con menor repertorio y, por ende, con menos cantidades imputadas en los repartos, al ser a su vez los más necesitados, suelen ser los mayores beneficiarios, sobre todo de las ayudas asistenciales. Muestra evidente del sentido y fin solidario que puede alcanzarse mediante la gestión colectiva, ya que la ayuda no se hace depender de la voluntad individual de cada titular como acontecería en un sistema exclusivo de gestión individualizada.

La detracción de cantidades económicas de los rendimientos generados por los derechos de propiedad intelectual colectivamente recaudados y su aplicación a actividades asistenciales y promocionales, según cada ordenamiento jurídico nacional, puede tener un origen legal o voluntario, o ambos a la vez. En España, *v.gr.*, la legislación sobre propiedad intelectual obliga a aplicar un 20% (10% asistencial y otro 10% promocional)<sup>1101</sup> de las cantidades obtenidas en concepto de compensación equitativa por copia privada que reciban con cargo a los presupuestos del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, dejando al arbitrio de los órganos competentes de cada entidad de gestión, o a la relación contractual entre el titular y esta, o a la que se articula mediante los acuerdos de reciprocidad con entidades extranjeras, la posibilidad de gravar con cualesquiera porcentajes las sumas recaudadas por otros derechos<sup>1102</sup>.

Ni qué decir tiene que las dos actividades que, en nuestra opinión, desarrollan el principio de solidaridad, esto es, la asistencial y la promocional, adquieren importancia vital en las entidades que gestionan derechos cuyos titulares son autores o artistas, habida cuenta, fundamentalmente, de las carencias que presentan los distintos sistemas de protección social respecto de tales profesionales y del carácter irregular de su actividad creativa, en la mayoría de los casos<sup>1103</sup>. Por el contrario, hablar de actividades asistenciales, *v.gr.*, respecto de entidades de gestión cuyos

<sup>1101</sup> Porcentajes que han sido determinados reglamentariamente por la disposición adicional primera, para la realización de actividades de asistencia y fomento por parte de las entidades de gestión, del R.D. 1657/2012 que derogó el anterior R.D. 1434/92, de 27 de noviembre. Para el resto de derechos distintos a la remuneración por copia privada, donde la legislación no obliga pero la entidad puede decidir aplicar un porcentaje para idénticos fines, la decisión de la entidad debería regirse por un criterio de moderación dado que la misma se adopta en detrimento de los ingresos que cada titular debería obtener por la explotación de sus creaciones.

<sup>1102</sup> El vigente TRLPI español, reformado por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, en su art. 155.1 señala que *las entidades de gestión, directamente o por medio de otras entidades, fomentarán: a) la promoción de actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus miembros, b) la realización de actividades de formación y promoción de autores y artistas, intérpretes y ejecutantes*. A su vez, el art.155.2, determina la obligatoriedad de detracer de la remuneración por copia privada un porcentaje para tales fines, señalando, que *las entidades de gestión deberán dedicar a las actividades y servicios a que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior –actividades y servicios de carácter asistencial y actividades de formación y promoción-, por partes iguales, el porcentaje de la remuneración compensatoria prevista en el artículo 25, que reglamentariamente se determine*. Por tanto, al margen de la obligatoriedad de la deducción respecto de la copia privada, en relación al resto de sumas recaudadas por otros derechos la Ley ni ordena ni prohíbe, de ahí que quede a la voluntad competente de cada entidad de gestión.

<sup>1103</sup> En el caso concreto de AISGE, *v.gr.*, las actividades asistenciales se orientan a paliar contingencias de diverso origen: edad (mediante complementos de pensiones), enfermedad e incapacidad (a través de ayudas económicas y apoyo humano de carácter asistencial), precariedad económica, etc. Por otro lado, los fines promocionales, igualmente, pretenden cubrir todos los ámbitos que afectan a la creatividad y su divulgación, lo que se lleva a cabo mediante el patrocinio de cursos de formación profesional del artista (interpretación, etc.), festivales de cine, actos culturales diversos, publicaciones, etc.

titulares suelen ser personas jurídicas, como es el caso de las que administran los derechos de productores audiovisuales o fonográficos, acaba siendo una entelequia en cuya resolución se arbitran soluciones no siempre plenamente justificadas.

AISGE desarrolla con gran eficacia este tipo de actividades desde el año 2002 a través de la Fundación AISGE, y hasta entonces lo hacía directamente en su condición de entidad de gestión de actores y bailarines. De hecho, el TRLPI da la opción de realizar ambas modalidades de actividades directamente por la entidad de gestión, o a través de otras entidades o personas jurídicas<sup>1104</sup>. Cualquiera de las dos vías posibles ofrece ventajas e inconvenientes, siendo decisivo que, en cualquier caso, se atienda el fin para el que se constituyen tales fondos. Tal vez, por tratarse de una labor complementaria a la principal que ha de desarrollar la entidad de gestión, en evitación de disfunciones y obstrucción de la gestión de cada entidad, sería preferible la segunda vía, esto es, articular fundaciones o instituciones sin ánimo de lucro que cumpliesen estas finalidades, de manera que la gestión de recaudar y repartir de manera especializada siguiese siendo objetivo básico de la entidad de gestión, a la vez que al tratarse de personas jurídicas distintas, dichos fondos podrían nutrirse sin dificultad de donaciones, subvenciones o cualesquiera ayudas que redunden en beneficio de los titulares de los derechos<sup>1105</sup>.

En cuanto a las *actividades asistenciales* que desarrolla la Fundación AISGE, habida cuenta, fundamentalmente, de las carencias que presentan los distintos sistemas de protección social respecto de los actores y bailarines –en cuanto que colectivos profesionales altamente vulnerables,- así como el carácter irregular de su actividad, se ha visto obligada a desplegar esfuerzos extraordinarios para, de un lado y en primer lugar, estudiar la situación socio-laboral<sup>1106</sup> de los titulares de los derechos objeto de administración y, de otro lado, una vez se concluye este análisis, definir programas y acciones que puedan solventar, en la medida de lo

---

<sup>1104</sup> Vid. art. 155, apartados 4 y 5, TRLPI.

<sup>1105</sup> Actualmente, en el caso español, cuando los fondos asistencial y promocional y formativo forman parte de la entidad de gestión, se hace harto dificultoso obtener aportaciones ajenas (donaciones, subvenciones, etcétera.) en atención a las normas de índole tributaria que pudieran gravar tales negocios jurídicos. Obstáculos que no existen cuando tales funciones son desempeñadas por instituciones o entidades distintas a la que gestiona los derechos intelectuales.

<sup>1106</sup> Así, por ejemplo, el último *Estudio y diagnóstico sobre la situación socio-laboral de actores y bailarines en España* elaborado en 2014 por la Fundación AISGE sobre las entrevistas realizadas a 1.201 artistas (actores y bailarines) arroja los siguientes macro-resultados: a).- el 73% de los actores españoles no pueden vivir de su trabajo (lo que se traduce en situaciones de precariedad laboral o desempleo); b) el 44% de los artistas jubilados necesitan de un complemento de la Fundación AISGE para llegar a fin de mes; c) el 55% de los trabajadores del sector ganan menos del salario mínimo (645 euros mensuales); d) el 65% de los intérpretes no trabaja más de tres meses al año; e) el 54% de los intérpretes trabaja menos de dos meses al año; f) el 28% de los intérpretes en paro no percibe ninguna prestación; y g) el 16% de los artistas jubilados recibe una pensión de importe inferior a 400 euros mensuales (Fuente: *Estudio y diagnóstico sobre la situación socio-laboral de actores y bailarines en España*, elaborado por Colectivo IOÉ, una empresa especializada en estudios sociológicos, bajo la supervisión del área asistencial de la Fundación AISGE y publicado en 2014 por la Fundación AISGE).

posible las carencias y necesidades<sup>1107</sup> sanitarias, económicas y familiares. Todo ello bajo parámetros objetivos, preestablecidos y profesionalizados.

En cuanto a los fines o actividades *promocionales y formativas*, tienen su razón de ser en la necesidad fundamental de dotar al artista de un entrenamiento, formación y promoción permanente para poder aprovechar las escasas oportunidades de trabajo remunerado que genera el sector televisivo, cinematográfico y teatral o escénico en general. En este sentido, la entidad de gestión, a través de su Fundación, contribuye a la puesta en valor de sus socios titulares de los derechos y, a tal fin, destina parte de sus fondos, que revierten de forma directa en forma de cursos, talleres de formación y reciclaje, etc.<sup>1108</sup>

Finalmente, cumple advertir que ambas actividades, la asistencial y la promocional, al redundar en beneficio de los titulares (creadores) nacionales, pueden convertirse en un instrumento idóneo para el fomento de la creación cultural de cada país y operar, de esta suerte y en la medida de lo posible, como fenómeno corrector de los efectos negativos de la globalización cultural o de la excesiva influencia cultural procedente de países con industria cultural poderosa. Proteger e incentivar la propia cultura pasa por incentivar y proteger a los creadores nacionales, y tanto el sistema general de la propiedad intelectual como las actividades complementarias descritas ofrecen un marco decisivo para el logro de la identidad (riqueza) cultural de cada pueblo.

---

<sup>1107</sup> En el caso concreto de AISGE, v.gr., las actividades asistenciales se orientan a paliar contingencias de diverso origen. Los programas de la Fundación AISGE se definen en torno a cuatro grandes bloques, a saber: 1) PROGRAMA DE GENTE MAYOR. Este proyecto cuenta con dos líneas de actuación, *la prestación para mayores de 60 años* - proyecto de intervención social y apoyo económico más importante de la entidad. Prestación de carácter mensual para pensionistas-, y el *proyecto de asesoramiento sobre recursos sociales y orientación sobre recursos de ocio y tiempo libre*; 2) PROYECTO DE ATENCIÓN SANITARIA. Este proyecto atiende las contingencias relacionadas con la salud de los beneficiarios de la Fundación, con distintas líneas de actuación, servicios de atención domiciliaria, ayudas técnicas y tratamientos especializados, prestaciones por incapacidad temporal o permanente, y ayudas económicas para la adquisición de medicamentos; 3) ACTÚA EN FAMILIA, este proyecto canalice el apoyo a las actrices y bailarines, fundamentalmente, para facilitar la maternidad/paternidad; y, por último, 4) PROGRAMA DE ATENCIÓN INDIVIDUALIZADA, que analiza casos puntuales complementando subsidios de desempleo, o gestionando incidencias relacionadas con ayudas extraordinarias. Como dato significativo de la actividad asistencial desempeñado, en este caso, por la Fundación AISGE, en el año 2014 (último ejercicio contabilizado y auditado), se ejecutaron 8.600 ayudas económicas directas y una dotación económica global que ascendió a 2.774.281,68 €. (Fuente: Memoria institucional AISGE 2014. Edición AISGE y Fundación AISGE).

<sup>1108</sup> En lo que respecta al Área de Formación y Promoción, la Fundación AISGE en el ejercicio 2014 destinó una cifra de 1.964.068,96 €, lo que le permitió desarrollar más de 250 actividades, entre las que se pueden destacar las siguientes: 1) 110 cursos, seminarios y talleres de formación, con más de 1.200 alumnos y más de 800 horas lectivas de formación artística; 2) 47 actividades culturales y de promoción artística; 3) 54 premios de interpretación, con los que la Fundación AISGE respalda con su patrocinio los galardones a actores y bailarines en las principales citas nacionales; y 4) 46 publicaciones referidas a aspectos de actualidad artística o sectorial, así como a temas intelectuales, interpretativos, teatrales, audiovisuales, cinematográficos, etcétera. (Fuente: Memoria institucional AISGE 2014, Ed. AISGE y Fundación AISGE)

## **7.- LA GESTIÓN TRANSFRONTERIZA DE DERECHOS.**

### **7.1.- La gestión de derechos en nombre de otras entidades de gestión según la Directiva 2014/26/UE.**

En una Directiva que pretende dotar de transparencia a la gestión colectiva e impulsar la concesión de licencias multiterritoriales no podía faltar un Capítulo dedicado a la relación entre entidades de gestión radicadas en diferentes Estados miembros de la Unión Europea y vinculadas por los correspondientes acuerdos de reciprocidad. Así, el Capítulo 3 (*Gestión de derechos en nombre de otras entidades de gestión colectiva*) regula la gestión de los derechos administrados al amparo de tales acuerdos (art. 14), estableciendo que las entidades de gestión no podrán discriminar entre sus miembros y los de aquellas entidades con los que tengan suscritos el correspondiente acuerdo de representación recíproca, especialmente en relación con las tarifas aplicables, tasa de administración y las condiciones para la recaudación y reparto de las cantidades generadas por tales titulares.

Este Capítulo también aborda la cuestión de la deducción y pagos en relación con los acuerdos de reciprocidad (art. 15), estableciendo que las entidades de gestión no podrán aplicar deducciones, más allá de la tasa de administración (*honorarios de gestión*), a los derechos recaudados al amparo de un acuerdo de representación con otra entidad de gestión, a menos que la otra entidad de gestión autorice expresamente tales deducciones. También se establece la obligación (en el mismo art. 15) de las entidades de gestión de repartir y liquidar, de manera periódica, diligente y exacta, las cantidades correspondientes a otras entidades de gestión (a sus miembros). Lo que establece, en definitiva, es la ausencia de cualquier género de discriminación entre titulares por razón de su nacionalidad.

### **7.2.- Los acuerdos o convenios de reciprocidad entre entidades de gestión extranjeras.**

En relación con los denominados *acuerdos de reciprocidad* suscritos entre entidades de gestión radicadas en distintos países, es necesario advertir en primer lugar que su significado, alcance y efectos variará en función de su objeto -que, a su vez, vendrá dado por los derechos cubiertos (exclusivos de autorizar o de remuneración).

Así, se denominan acuerdos de “representación” recíproca cuando su objeto son *derechos exclusivos de autorizar*, en cuyo caso tales acuerdos persiguen el reconocimiento mutuo o recíproco de la facultad de licenciar o autorizar en sus respectivos territorios el uso o explotación del repertorio de la otra parte. Por tanto, estos acuerdos, cuando están referidos a derechos exclusivos, tienen un claro impacto en el repertorio administrado por cada entidad, que se ve incrementado (mediante la incorporación del repertorio administrado por la otra parte). Tales acuerdos, asimismo, inciden plenamente sobre la recaudación de una entidad local que representa derechos exclusivos de autorizar de otras entidades extranjeras. Estos acuerdos pueden clasificarse, a su vez, en acuerdos de “Tipo A” y acuerdos de “Tipo B”, en función de si prevén el intercambio de las remuneraciones generadas en cada territorio por la explotación del repertorio de la otra parte (“Tipo A”) o si, por el contrario, las partes pactan que cada una de ellas retenga para sí tales remuneraciones (“Tipo B”). Nótese que, aún cuando en principio estos últimos son lícitos (los derechos exclusivos son disponibles), durante los últimos años han resultado cuestionados.

De otro lado, los acuerdos de “reciprocidad”, sin más, se denominan en el caso de que tengan por objeto derechos de *remuneración*, es decir, aquellos que no comportan facultad de autorizar, y su funcionalidad consiste en articular el intercambio de rendimientos de los derechos generados en países diferentes. Dependiendo del sistema de ejercicio de tales derechos de remuneración, distinguimos entre *acuerdos de representación recíproca*, cuando la gestión colectiva es voluntaria; y *acuerdos de mera reciprocidad o de pago*, o sencillamente *acuerdos bilaterales*, cuando la gestión colectiva es obligatoria (como, por ejemplo, en España). Por tanto, esta modalidad de acuerdos no inciden en la recaudación, sino en el pago o liquidación de los derechos generados por titulares extranjeros en un determinado país si la gestión colectiva desarrollada por la entidad local es imperativa u obligatoria. Pero si la gestión colectiva no es obligatoria, entonces sí tendrán incidencia tales acuerdos en la recaudación local. Es decir:

a).- En el primer caso (*gestión colectiva voluntaria*) el acuerdo es en realidad una encomienda a la otra parte para la gestión de tales derechos, en relación con los titulares representados (*miembros*) por la entidad mandante -por *gestión* debemos entender en nuestro caso: recaudación y reparto, no concesión de licencias o autorizaciones. De ahí que su denominación (*de representación recíproca*) sea igual que la que se adopta comúnmente para referirse a los acuerdos que tiene por objeto derechos exclusivos, aunque el contenido varíe de un caso a otro.

b).- Por su parte, los acuerdos que versan sobre derechos de *remuneración de gestión colectiva obligatoria* no tienen por objeto la encomienda, sino el mero intercambio de las remuneraciones recaudadas por cada una de las partes en sus respectivos territorios, y al amparo de sus respectivas legislaciones, en representación de los miembros de la otra parte, sin necesidad de tener que exhibir el mandato o acuerdo de representación para recaudar en nombre de tales titulares extranjeros, pues los representa por ley. De ahí que se denominen, aun siendo recíprocos, de mero “pago”, “bilaterales” o tan solo de “reciprocidad”, pues la legitimación para el cobro o la representación, en esto casos, no deriva de los contratos de gestión individualmente suscritos por los titulares con la entidad de gestión ni de los que esta suscriba con las entidades extranjeras, sino de la propia norma jurídica habilitante que impone la gestión colectiva de una determinada modalidad de derechos.

Ahora bien, dentro este segundo bloque de acuerdos de reciprocidad referidos a derechos de remuneración, sea bajo el ámbito de la gestión colectiva voluntaria u obligatoria, a su vez, también se puede distinguir entre acuerdos de “*Tipo A*” y acuerdos de “*Tipo B*”, en función de si media o no intercambio efectivo de los rendimientos de los derechos entre las entidades de diferentes países. Bien es cierto que, en relación con los derechos de remuneración, los acuerdos de “*Tipo B*” deberían estar (y de hecho lo están en la mayoría de los países) prohibidos, habida cuenta el carácter irrenunciable de los derechos cubiertos. Pero ello no obsta a que existan, y ésta es una forma común de distorsión de la gestión colectiva al disponer de tales derechos entidades que no son titulares de los mismos, incluso aunque dicha disposición se realice por la vía de la compensación de créditos, que no siempre es auténtica y pura sino simulada y encubridora de prácticas incompatibles con gestión colectiva transparente y rigurosa.

Finalmente, todas las modalidades de convenios de reciprocidad tienen como objetivo mediato el intercambio de derechos, regalías o rendimientos económicos de los mismos dentro del marco jurídico delimitado por el ámbito de aplicación de cada ley nacional y los criterios de vinculación que establecen las mismas y los tratados internacionales para que las obras o titulares extranjeros se encuentren protegidos en los países en los que operen las respectivas entidades de gestión que suscriben el correspondiente acuerdo de reciprocidad.

Por tanto, podemos decir que los acuerdos de reciprocidad establecen el marco obligacional básico entre entidades de diferentes países, facilitando así la gestión transfronteriza de los derechos, dentro del marco legal que establece el nivel de protección y de reciprocidad que cabe entre los titulares u obras nacionales de uno y otro Estado.

### 7.3.- Códigos y bases de datos internacionales de artistas, interpretaciones y obras audiovisuales.

Una gestión transparente y eficaz exige un intercambio internacional también transparente y preciso de los derechos recaudados por entidades radicadas en diferentes países, lo cual implica manejar una cantidad ingente de información para efectuar con el mayor rigor posible la distribución de los derechos recaudados por cada entidad entre los titulares nacionales y extranjeros, así como para proceder al intercambio de los mismos con las entidades extranjeras homólogas bajo criterios absolutamente objetivos y universales, luego de establecerse un adecuado marco jurídico mediante los acuerdos de reciprocidad mencionados y al amparo de los criterios de vinculación que las legislaciones nacionales y los tratados internacionales hayan delimitado.

Pues bien, en dicho contexto es preciso retomar y desarrollar con mayor profundidad el papel que han de jugar al respecto los *códigos digitales* de identificación de obras y titulares, así como las *bases de datos* internacionales también de obras y titulares.

Con el objetivo de facilitar la necesaria identificación y control de las creaciones y sus titulares en todos los ámbitos territoriales y ventanas de explotación, sobre todo en el entorno digital, existen varios trabajos, proyectos e iniciativas. Así, como primer ejemplo, la CISAC<sup>1109</sup> ha desarrollado en las dos últimas décadas una importante labor en la búsqueda de soluciones técnicas a los actuales retos de la gestión en el entorno digital, habiendo impulsado, en consecuencia, la configuración de un Sistema de Información Común (CIS), de identificación y control de las obras. En un sentido similar podemos citar la iniciativa emprendida por el BIEM (*Bureau International de l'Edition Musico-Mecanique*) y la IFPI (*International Federation of the Phonographic Industry*) que cristalizó en la formalización de un contrato tipo o básico en 1975 por el que se regulan, con carácter uniforme, los criterios de autorización de los repertorios administrados por las entidades nacionales integradas en ambas organizaciones. También el sector de la edición literaria, como es sobradamente conocido, instauró el denominado número de ISBN

---

<sup>1109</sup> Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores.

(*International Standard Book Number*)<sup>1110</sup>, que permite la identificación de las obras de esa naturaleza<sup>1111</sup>.

En el ámbito audiovisual se ha avanzado considerablemente en los últimos años. El Código ISAN (*International Standard Audiovisual Number*) es un sistema de numeración voluntario, similar al ISWC (o al ISBN utilizado en el mundo editorial) para la identificación de las obras audiovisuales. Y en el ámbito de los derechos conexos de los artistas, tanto musicales como audiovisuales, y productores fonográficos, encontramos la IPD, o *International Performers' Database* (Base de Datos Internacional de Artistas), impulsada por SCAPR<sup>1112</sup>. Por su parte, también dentro del ámbito de actuación de la SCAPR, se ha desarrollado la VRDB (*Virtual Recording Database*), que es la base de datos que alberga información relativa a las grabaciones, tanto sonoras (fonogramas) como audiovisuales. Así, cada entidad usuaria sube a VRDB las fichas de las producciones de su nacionalidad, encargándose VRDB de asignar un código a cada una de ellas<sup>1113</sup>.

En el ámbito particular de los derechos conexos (artistas musicales y audiovisuales, fundamentalmente) el formato con mayor implantación es el desarrollado por SCAPR: SDEG (*SCAPR Data Exchange Guidelines*). Y también es conocido que la CISAC, en el ámbito de los derechos de los autores y compositores musicales, desarrolló el CRD (*Common Royalty Distribution*), relativo al reparto de derechos por parte de una entidad a los miembros de otra entidad. Sin embargo, ambos sistemas *per se* no solucionaban todos los problemas planteados por la internacionalización de la gestión colectiva de modo que fue necesario avanzar hacia la construcción de bases de datos internacionales, a través de las cuales sus usuarios (las entidades de gestión) tienen a su disposición un repositorio que identifica y clasifica la información de

---

<sup>1110</sup> Incorporado al ordenamiento jurídico español con carácter obligatorio por el Decreto 2984/1972, de 2 de noviembre.

<sup>1111</sup> Y resulta que, en este plano de soluciones, un sistema identificativo de características similares a los apuntados podría constituir una respuesta de buena aceptación para otras categorías de obras, en la medida que contuviera la mayor información posible sobre la obra, o al menos aquella que fuese relevante para su eficaz protección y explotación. De hecho, otro sector de la creatividad, el fonográfico, ya se ha dotado de un sistema identificativo y de control bastante avanzado, desde el punto de vista tecnológico, y que se encuentra en fase de experimentación desde hace unos años. Se trata del denominado código ISRC (*International System/Standard Recording Code*), que se incorpora a los soportes digitales para facilitar su identificación y contenido, lo que facilita el seguimiento de las obras fijadas en el mismo. Mediante el indicado código, que al parecer se está estudiando la posibilidad de extenderlo al videograma, o mediante sistemas análogos de identificación digital, se agiliza y simplifica considerablemente la gestión y control de las obras, hasta el punto de que en un futuro inmediato, *v.gr.*, si todos los radiodifusores operasen en sistemas digitalizados, cabría imaginar una conexión directa entre el operador y el centro de gestión de un repertorio determinado, de suerte que el primero, de forma automatizada, transmitiría al segundo toda la información acerca de las obras comunicadas al público por su emisora, con indicación de todas las circunstancias (fecha, tiempo de uso, etc.).

<sup>1112</sup> *Societies' Council for the Management of Performers' Rights*, que integra a más de 50 entidades de gestión de derechos artistas de todo el mundo.

<sup>1113</sup> En sentido similar apuntaba el Libro Verde de 1995 (pág.80) que se estaban estudiando sistemas de tatuaje de las obras y demás prestaciones digitales, aludiendo al procedimiento CYPERTECH, donde cada elemento de programa contiene una marca digital que los receptores podrán leer y descodificar en tiempo real, lo que permitirá la instauración de sistemas de gestión automatizados para utilizaciones como la radiodifusión, ya que se podrá determinar, con un margen de error de pocos segundos, el tiempo de utilización de las obras y las prestaciones



manera segura y centralizada, generando identificadores (códigos) únicos que pueden ser empleados por cada entidad (son identificadores compatibles con los distintos sistemas locales).

Bajo tales consideraciones, la CISAC implementó hace más de una década el sistema de códigos CIS (*Common Information System*), esto es, un sistema que asigna un código numérico, como identificador único, a cada obra registrada en cada entidad. El CIS es el origen del actual código estándar internacional de obras musicales (ISWC – *International Standard Works Code*), aprobado por ISO. Obviamente, tal sistema de códigos facilitará sobremanera tanto la identificación de obras, con toda la información vinculada a cada obra (autor, nacionalidad, etc.), como el proceso de reparto de derechos y su liquidación a nivel mundial. Es más, junto con los datos específicos sobre cada obra, el CIS incluye estándares genéricos para la identificación de los derechos gestionados por cada entidad y su alcance territorial.

En el ámbito audiovisual, la CISAC, AGICOA<sup>1114</sup> y FIAPF<sup>1115</sup>, constituyeron ISAN-IA, es decir, la agencia internacional designada por ISO como autoridad de Registro para el estándar del ISAN. El Código ISAN (*International Standard Audiovisual Number*) es un sistema de numeración voluntario, similar al ISWC (o al ISBN utilizado en el mundo editorial) para la identificación de las obras audiovisuales<sup>1116</sup>. Cada código ISAN identifica permanentemente y con carácter universal a una única obra audiovisual, con independencia del idioma, formato o uso que se le dé a esta.

En el ámbito de los derechos de los artistas y productores fonográficos, tal y como hemos anticipado *ut supra*, encontramos la IPD, o *International Performers' Database* (Base de Datos Internacional de Artistas), impulsada por SCAPR. La IPD registra a los artistas miembros de las entidades de gestión, tanto en el sector musical como audiovisual. Asigna a cada artista un código IPN (*International Performer Number*), que actúa como identificador único de cada artista. Dicho código es empleado por todos los usuarios de IPD en sus respectivos sistemas locales (con independencia del código o número local asignado por cada entidad a cada uno de sus miembros). Ese código o IPN identifica, pues, a cada artista, albergando, además,

---

<sup>1114</sup> AGICOA (*Association of International Collective Management of Audiovisual Works*).

<sup>1115</sup> FIAPF (*International Federation of Film Producers Associations*).

<sup>1116</sup> Los códigos ISWC e ISAN son asignados por cada entidad a las obras que integran sus respectivos repertorios (las obras que tienen registradas), de tal suerte que el siguiente paso necesario es vincular las distintas bases locales y territoriales. A tal efecto CISAC puso en funcionamiento en 2004 CISNet, que en 2007 se unió a *FastTrack*, proveedor de la tecnología que emplea este sistema. Antes de CISNet no había ningún punto común que permitiera compartir información a todas entidades de gestión – viéndose obligadas a realizar intercambios recíprocos de información, o a establecer bases de datos territoriales o regionales. Hoy en día CISNet, a través de *FastTrack*, vincula las bases de datos de los miembros individuales de CISAC, así como las regionales *LatinNet* (Latinoamérica), *DIVA* (China), *ECAD* (Brasil) y *MIS@Asia* (Asia).

información sobre dicho titular: nombre, nacionalidad, fecha de nacimiento (a los efectos de evitar posibles duplicados), colectivo al que pertenece (actor, bailarín, cantante, músico, etc.) y, lo que es más importante a los efectos del reparto: entidad de gestión que ostenta el mandato para reclamar sus derechos en cada territorio -reflejando, para cada derecho (comunicación pública, puesta a disposición, alquiler, copia privada, etc.) y territorio (cualquier país del mundo, determinados países, etc.) qué entidad está facultada para reclamar las cantidades que le sean asignadas por la entidad de recaudación y reparto.

Por su parte, la SCAPR también ha impulsado la VRDB (*Virtual Recording Database*), es decir, una base de datos que alberga información relativa a las grabaciones, tanto sonoras (fonogramas) como audiovisuales. Así, cada entidad usuaria sube a VRDB las fichas de las producciones de su nacionalidad, encargándose VRDB de asignar un código a cada una de ellas. Las principales características de VRDB vienen dadas por la utilización de códigos ISAN a nivel interno y, de manera destacada, por la aceptación de las normas de reparto de las demás entidades en lo que se refiere a asignación de categorías artísticas dentro de cada ficha -es decir, el peso asignado a cada artista en cada obra, a los efectos de la distribución del importe obra.

Tanto CISAC como SCAPR (a través de IPD) están actualmente colaborando en la implantación de un nuevo identificador – el ISNI (*International Standard Name Identifier*). El código ISNI permite la identificación unívoca de un mismo titular en varias bases de datos, permitiendo a sus respectivos usuarios (entidades miembro de CISAC o de SCAPR) intercambiarse información sobre dicho titular sin necesidad de facilitar la información confidencial albergada en sus respectivas bases de datos.

A modo de conclusión señalamos las siguientes ventajas derivadas de un intercambio eficaz de información entre entidades de gestión, mediante el uso de bases de datos comunes: 1ª.- se minimizan los errores de identificación de obras y titulares, sin afectar a la política de calidad y protección de datos de cada entidad; 2ª.- se facilitan soluciones globales, pero compatibles con los distintos sistemas locales; 3ª.- se automatizan los procesos, desapareciendo posibles errores humanos y se ahorra tiempo, ganando en eficacia; 4ª.- como las soluciones informáticas son estándar, al estar unificadas, son de fácil uso y más baratas; y 5ª.- por esta vía se garantiza una gestión más transparente, eficaz y unificada a nivel supranacional.

## 8.- CONCLUSIONES EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SOBRE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES.

De cuanto antecede podríamos destacar las siguientes ideas a modo de conclusión:

- 1ª.- Para que los derechos intelectuales en general, y los atribuidos a los autores y artistas en particular, alcancen su verdadera dimensión económica, social y cultural será necesario fijar con rigor tanto su contenido como su forma más idónea de ejercicio, atendiendo para ello a la naturaleza de cada derecho y a su desenvolvimiento contractual.
- 2ª.- Hay derechos que, por su propio desarrollo práctico, son configurados en diversas legislaciones nacionales bajo una fórmula mixta de ejercicio, según se trate de hacer efectivas sus facultades exclusivas de autorizar o sus facultades de remuneración. Así acontece en los supuestos especiales de los derechos de *alquiler y de comunicación al público*, en cuyos casos el legislador nacional suele atribuir al autor o al artista, en primer término, un derecho exclusivo de autorizar esas formas de explotación (ejercicio individual), pero de manera subsidiaria, cuando sea transferida presuntiva o contractualmente la facultad de autorizar, reserva a favor del artista o autor un derecho de remuneración (ejercicio colectivo).
- 3ª.- La gestión colectiva, en cuanto sistema de ejercicio eficaz acorde a la naturaleza de determinados derechos de imposible o difícil ejercicio individual -los de remuneración-, se encuentra necesariamente vinculada a un régimen especial de legitimación *ex lege* en su fase de recaudación, así como a unos criterios de equidad de sus tarifas generales y a todo un elenco exhaustivo de obligaciones legales, tanto de transparencia como funcionales, frente al usuario de las prestaciones cuyos derechos gestiona y frente a la Administración Pública que vigila y controla su actividad y el cumplimiento de las demás obligaciones legales.
- 4ª.- Asimismo, en su fase de reparto, además de distribuir los rendimientos entre los legítimos titulares bajo el principio de proporcionalidad, presenta la posibilidad de articular medidas solidarias en beneficio de los titulares cuyos derechos son administrados bajo ese sistema, esto es: actividades de carácter asistencial, formativas y promocionales. A mayor abundamiento, dicha forma de ejercicio es ventajosa para el usuario por su carácter unificador y especializado.

- 5ª.- El contexto tecnológico actual y las expectativas de futuro exigirán, asimismo, de los creadores y demás operadores del mercado un esfuerzo de unificación, transparencia, identificación y control de las creaciones intelectuales, de suerte que los métodos de gestión de los derechos intelectuales constituyan, no un obstáculo, sino un mecanismo convergente en el desarrollo cultural de los individuos y de los pueblos.
- 6ª.- La gestión colectiva se enfrenta en los próximos años, conforme al actual contexto normativo comunitario y nacional, al principal reto de adecuar su actuación, en todos sus ámbitos, al criterio de máxima *transparencia*, habida cuenta que hasta fechas recientes no encontrábamos ninguna norma, nacional o regional, que impusiera a las entidades de gestión una obligación específica de actuar con *transparencia*, sino, todo lo más, una serie de obligaciones de información, ya fuera frente a los propios titulares de los derechos administrados, frente a la Administración Pública, o frente a los usuarios del repertorio.
- 7ª.- La reciente reforma del TRLPI acoge gran parte de las obligaciones en torno a las que la Directiva sobre gestión colectiva articula el criterio de transparencia (y buena gobernanza), de manera esencial, frente a usuarios, por un lado, y de cara a los titulares de los derechos administrados por otro. Ahora bien, nuestro legislador se enfrenta aún a la labor de trasposición íntegra de la norma comunitaria, en cuestiones tan fundamentales como la regulación de los *operadores de gestión independientes* y, a la delimitación del régimen de tutela administrativa e interrelación con las entidades de gestión que, en su caso, sea imprescindible para que el interés general de la propiedad intelectual no se vea perjudicado injustificadamente.
- 8ª.- Y si la gestión colectiva se ha consolidado por méritos propios como la mejor herramienta de eficacia de los derechos de propiedad intelectual, conviene advertir finalmente que solo la gestión honrada y eficaz de derechos ajenos está llamada a sobrevivir y superar las dificultades actuales que encuentran los derechos en el ámbito de la red y de las nuevas tecnologías. La gestión colectiva que no sea transparente y eficaz no merece la pena sostenerla en provecho de unos cuantos. La transparencia no basta con proclamarla, es necesario practicarla sin pretexto y ha de ser exigida por las autoridades en cada país.
- 9ª.- Uno de los pilares esenciales en los que se asiente un sistema de gestión justo, eficaz y transparente es el del reparto. Este está sometido a criterios tasados y medidos como son la

proporcionalidad, la equidad, la ausencia de arbitrariedad, la predeterminación, y la diligencia, que han de guiar la actuación de toda entidad, como acontece, con el sistema de reparto de la entidad AISGE.

## ***CAPÍTULO VIII***

# **LA PROTECCIÓN DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES EXTRANJERAS EN ESPAÑA**

### **1.- INTRODUCCIÓN: ASPECTOS GENERALES.**

La vocación internacional de las obras del ingenio, unida al carácter meramente intelectual o inmaterial de las mismas, determina, muy especialmente en su fase de explotación, un cierto desvanecimiento de las fronteras geográficas. Desvanecimiento que se acentúa, además, con el desarrollo tecnológico y la aparición de nuevos sistemas que permiten una mayor y más rápida [incluso inmediata] difusión transfronteriza de los contenidos objeto de propiedad intelectual.

Esa vocación internacional no sólo desaconseja “proteger únicamente a partir de una regulación nacional, autónoma o estatal”<sup>1117</sup>, como veremos más adelante, sino que además determina la necesidad de dar respuesta a aquellas situaciones en las que aparecen conectados distintos ordenamientos nacionales – por ejemplo, el de la nacionalidad o lugar de residencia del artista y el del lugar donde tiene lugar la explotación de su interpretación.

Para ello resulta ineludible acudir a las normas de conflicto propias del Derecho Internacional Privado, que son las que determinan, mediante uno o varios puntos de conexión o vinculación [circunstancias jurídicas que afectan a las personas, cosas o actos presentes en una relación jurídica], qué ley nacional resulta aplicable a cada situación y con qué alcance.

En materia de propiedad intelectual las normas de conflicto establecen sin excepción el principio de territorialidad o de la *lex loci protectionis*, en cuya virtud la ley aplicable es la del país en el que se reclama la protección, que generalmente será aquél en el que tiene lugar la explotación de la obra o prestación artística.

Éste es el criterio que recoge nuestro Código Civil en su art. 10.4, conforme al cual, *los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con*

---

<sup>1117</sup> ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia, *Aspectos Internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*, Comares, Granada 2006, pág. 27.

*la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte.*

En definitiva, cuando la protección se reclama en España, resultará aplicable la ley española que, en materia de propiedad intelectual, y conforme al dictado del art. 429 Cc, determina la titularidad, contenido sustantivo, ejercicio y duración de los derechos que conforman tal propiedad<sup>1118</sup>: el TRLPI. Todo ello con sujeción estricta a las disposiciones de carácter obligatorio contenidas en los distintos instrumentos internacionales ratificados por España, en ésta o en cualquier otra materia.

La primacía de los convenios y tratados internacionales sobre la ley española –consecuencia necesaria de los arts. 96.1 de la Constitución y 1.5 Cc –determina, además, que los puntos de vinculación o conexión a nuestro ordenamiento [que en el caso de las interpretaciones audiovisuales se encuentran regulados por el art. 164 TRLPI] han de ser, como mínimo, los que marcan tales instrumentos internacionales. Es decir, los puntos de vinculación de nuestro Derecho interno no pueden privar de protección a aquellos sujetos que se encuentren amparados por algún convenio o tratado internacional en el que España sea parte.

Y es que la precitada norma de conflicto contenida en el art. 10.4 Cc no ofrece respuesta material o sustantiva a las pretensiones del artista extranjero que reclama protección en territorio español, remitiéndole para ello a la ley especial correspondiente: el TRLPI o, en su caso, al convenio o tratado internacional correspondiente.

A este respecto dicen AMORES CONRADI y HEREDIA CERVANTES que el art. 10.4 es una norma “incompleta”, que se limita a fijar la ley aplicable, sin establecer qué sujetos quedan amparados por la misma, ni qué derechos tienen reconocidos en España<sup>1119</sup>. Son las disposiciones de la ley a la que se remite aquélla, esto es, las contenidas en el art. 164 TRLPI, las que, de conformidad con los convenios y tratados internacionales en los que España es parte, determinan las circunstancias [los puntos de vinculación o conexión] en las que el artista se encuentra protegido por dicha ley, y con qué alcance (qué derechos concretos tendrá reconocidos sobre sus interpretaciones).

---

<sup>1118</sup>Efectivamente, dispone el art. 429 Cc que *la ley sobre propiedad intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración*, y que en los casos no previstos ni resueltos por dicha ley general se aplicarán las reglas generales sobre la propiedad establecidas en el propio Cc.

<sup>1119</sup>AMORES CONRADI, Miguel Ángel y HEREDIA CERVANTES, Iván, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 2160.

Sentado lo anterior, y sobre la base del precitado principio de territorialidad, el análisis de esta materia exige acudir a su evolución a partir de los distintos acuerdos bilaterales de la segunda mitad del siglo XIX hasta los tratados multilaterales –y dentro de estos últimos, desde Berna hasta Beijing–, y es que, como señala CARRASCOSA GONZÁLEZ, son dos las principales consecuencias que se derivan de dicho principio<sup>1120</sup>. Así, la primera de ellas es que “el Derecho del Estado en el que se busque la protección de una creación será el único facultado para exigir los requisitos necesarios para dispensar la protección sobre la misma de acuerdo con sus preceptos legales”, y la segunda es que “una conducta que suponga la infracción de los derechos concedidos sobre los bienes intangibles sólo tendrá tal carácter en el espacio territorial donde el Estado que la otorgó ejerce su soberanía. Dicho en otras palabras, el titular del derecho exclusivo sobre un bien inmaterial en un país no lo será en otro país [a menos] que las normas de ese otro país también le otorguen el derecho”.

En otras palabras: el principio de territorialidad significa que cada país es soberano para decidir en qué supuestos dispensa protección jurídica a los ciudadanos extranjeros y, en su caso, con qué alcance. Si bien dicha capacidad de decisión es unilateral, nos encontramos no obstante con que a partir de la segunda mitad del siglo XIX<sup>1121</sup> comenzaron a proliferar acuerdos bilaterales entre los distintos países, estableciendo la reciprocidad de trato a sus respectivos ciudadanos –por ejemplo el “Canje de Notas concediendo a los súbditos españoles en los Estados Unidos y a los ciudadanos americanos en España los mismos derechos en materia de propiedad intelectual, de 6 y 15 de julio de 1895”<sup>1122</sup> (restablecido, tras la guerra Hispano-Estadounidense de 1898, por un nuevo Canje de Notas de 29 de enero y 18 de noviembre y 26 de noviembre de 1902<sup>1123</sup>), sobre el que volveremos más adelante, y en el que el Gobierno de España hace constar que “los ciudadanos americanos disfrutaban en España, y sus provincias y posesiones de ultramar, en todo lo concerniente a propiedad artística y literaria, de los mismos derechos que los súbditos españoles”, propiciando así la Proclama del entonces Presidente estadounidense Grover Cleveland, “concediendo a los súbditos españoles en dicho asunto las ventajas acordadas por el Acta del Congreso de 3 de marzo de 1891 [la Ley de Derecho de Autor de 1891]”.

A través de estos convenios o acuerdos bilaterales las distintas potencias fueron ampliando, en definitiva, la protección dispensada en sus respectivas legislaciones nacionales (aplicables

---

<sup>1120</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Ley aplicable a las patentes en Derecho Internacional Privado española*, Anales de Derecho núm. 19, Universidad de Murcia, 2001, pág. 10.

<sup>1121</sup> Coincidiendo con el crecimiento del comercio transfronterizo de obras, propiciado por los avances tecnológicos de la época –v.gr., la linotipia, el fonógrafo, el cinematógrafo.

<sup>1122</sup> Gaceta de Madrid núm. 191, de 9 de julio de 1896.

<sup>1123</sup> Gaceta de Madrid núm. 341, de 7 de diciembre de 1902.



conforme al principio de territorialidad) a los ciudadanos de otros países cuando las legislaciones de estos últimos dispensaran, a su vez, protección a los ciudadanos de los primeros. Se trata, en definitiva, del criterio de reciprocidad, aún hoy asentado en el TRLPI, siquiera con carácter residual o subsidiario, conforme se verá más adelante.

Reciprocidad que se vio superada por la necesidad constatada a finales del siglo XIX de contar con un sistema internacional uniforme de protección, objetivo que no se veía satisfecho por los anteriores convenios bilaterales –en la medida en cada uno de ellos fijaba, o podía fijar, distintas condiciones y alcance.

Esta circunstancia motivó la adopción del primer tratado multilateral para la protección de la propiedad intelectual, a saber: el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886<sup>1124</sup>. A partir de dicho Convenio, y hasta la adopción en 2012 del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, la Comunidad internacional se ha dotado de un completo sistema internacional de protección de la propiedad intelectual, que en mayor o menor medida, pero siempre con retraso, se ha ido adaptando a los avances tecnológicos habidos durante el siglo XX, así como a las nuevas formas de explotación que tales avances han ido propiciando, desde la radiodifusión hasta la puesta a disposición interactiva.

De dicho sistema destacamos, por lo que al objeto de la presente Tesis se refiere, aquellos instrumentos que tienen por objeto la protección de las interpretaciones o ejecuciones, a saber: la Convención Internacional de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, de 1961; el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Acuerdos ADPIC o TRIPS – del inglés *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), que constan como Anexo 1C al Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, de 1994; el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, de 1996 (WPPT – del inglés *WIPO Performers and Phonograms Treaty*); y el precitado Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, de 2012.

Sobre todos ellos volveremos más adelante<sup>1125</sup>, si bien cumple dejar ahora sentado que los mismos, junto con los que se derivan del Derecho originario de la UE<sup>1126</sup> y con el primigenio

---

<sup>1124</sup> Ratificado por España mediante instrumento de 5 de diciembre de 1887 (Gaceta de Madrid núm. 78, de 18 de marzo de 1888).

<sup>1125</sup> En el Capítulo XI.

<sup>1126</sup> Los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y sus ampliaciones –el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), de 1951; los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de

[hoy residual o subsidiario] de reciprocidad, establecen los puntos de vinculación o conexión que recoge el vigente art. 164 TRLPI, y que determinan en qué supuestos las interpretaciones extranjeras son susceptibles de protección, y con qué alcance, en España.

Cumple advertir, por último, que la materia que abordamos conecta y afecta a toda modalidad de derechos sustantivos (morales y patrimoniales, compensatorios y de explotación, exclusivos y de simple remuneración), así como a su titularidad y forma de ejercicio, aspectos todos ellos sujetos a la ley que resulte aplicable conforme a la norma de conflicto correspondiente.

## **2.- EL DERECHO APLICABLE: LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONCERNIDAS EN LA MATERIA.**

La norma de conflicto vigente en nuestro ordenamiento, en relación con los derechos de propiedad intelectual, la encontramos, como hemos dicho, en el art. 10.4 Cc, que, de conformidad con el art. 5.2 de la Convención de Berna<sup>1127</sup>, establece el principio de territorialidad, disponiendo a tal efecto que *los derechos de propiedad intelectual se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española*.

Así lo dispone igualmente el art. 8 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en lo sucesivo Roma II ó RII), que también sigue el criterio de la *lex loci protectionis* en el caso de infracción de los derechos de propiedad intelectual o, con mayor precisión, aplicable a la obligación extracontractual que se deriva de dicha infracción. Así, conforme al art. 8 RII, la ley aplicable a dicha obligación *será la del país para cuyo territorio se reclama protección*, sin que la misma pueda excluirse mediante acuerdo adoptado al amparo del art. 14 RII.

Sentado lo anterior, cumple advertir, no obstante, que el principio de territorialidad no resuelve todos los supuestos de explotación transfronteriza de las obras y prestaciones artísticas, muy especialmente en el entorno digital, que permite el acceso inmediato y simultáneo a la obra o interpretación en prácticamente cualquier país del mundo. Aplicando el principio de

---

la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EUROATOM), de 1957; el Acta Única Europea (AUE), de 1986; el Tratado de la Unión Europea (o Tratado de Maastricht), de 1992; el Tratado de Ámsterdam, de 1997; el Tratado de Niza, de 2001; el Tratado de Lisboa, de 2007.

<sup>1127</sup>La extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección.

territorialidad a estos supuestos, el titular de los derechos objeto de explotación se vería obligado a reclamar protección en todos y cada uno de tales países, concurriendo así un pluralidad de leyes aplicables –tantas como países en los que se facilita el acceso a la obra o prestación– y, con ello, una pluralidad de respuestas sustantivas a un mismo acto de explotación.

Y es que el nivel o alcance de la protección dispensada por cada ley aplicable puede variar de un país a otro, y pese a que esta solución no parece la más adecuada, es la que se viene aplicando –no en vano al día de la fecha ningún instrumento internacional o norma comunitaria parece haberse apartado del criterio de la *lex loci protectionis*, ni haber realizado un esfuerzo por adaptarlo al entorno digital.

Efectivamente, la aplicación estricta del principio de territorialidad en el entorno digital y de las telecomunicaciones vía satélite provoca la yuxtaposición de un elevado número de legislaciones. Así, dicho principio determina que la legislación aplicable sea, en primer lugar, la del lugar en el que se lleva a cabo la actividad inicial, esto es, la del país de transmisión o, en su caso, la del país en el que esté instalado el servidor –lo cual puede llevar, además, a los infractores a realizar las transmisiones o a instalar sus servidores en los países con menores niveles de protección, frustrando así cualquier expectativa que pudiera albergar el titular de los derechos objeto de explotación. Además, y en segundo lugar, conforme a dicho principio resultan igualmente aplicables las leyes de todos aquellos países en los que se recibe la señal o se facilita el acceso a la obra o prestación artística (países de recepción).

La solución debería pasar, a nuestro juicio, por la *neutralización* de los problemas derivados de la aplicación del criterio de la *lex loci protectionis* en el ámbito digital, lo que únicamente puede conseguirse a través de la armonización, a nivel global, tanto de los derechos sustantivos reconocidos a los creadores, como de las medidas, procedimientos y recursos para la observancia y tutela de tales derechos.

Por lo que al contenido sustantivo de la protección se refiere, si bien es cierto que los distintos instrumentos internacionales y directivas comunitarias han logrado aproximar las distintas legislaciones en la materia, no debemos dejar de señalar, no obstante, que la amplia flexibilidad de tales instrumentos y normas no redundan en beneficio de una pretendida armonización global –circunstancia especialmente evidente en el caso de las interpretaciones audiovisuales<sup>1128</sup>.

---

<sup>1128</sup> Vid. capítulos X y XI.

Y, por lo que a las medidas, procedimientos y recursos para la observancia de los derechos de propiedad intelectual se refiere, igualmente resulta cierto que tanto el Acuerdo sobre los ADPIC de 1994, como la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, (“Directiva Antipiratería”) han supuesto un claro avance a este respecto, pero insuficiente, tanto por el calado de las medidas, procedimientos y recursos previstos, como por su escasa [e incluso inexistente] implementación en los países menos desarrollados.

Esta solución, que en definitiva pasa por la creación de un Derecho material internacional capaz de resolver de manera uniforme los precitados problemas planteados por el criterio de la territorialidad en el actual entorno tecnológico, cuenta con un importante sustento científico – entre otros, LUCAS, que aboga por la adopción de una normativa internacional uniforme, basada en lo que dicho autor viene a denominar “ley mediática”, como mejor alternativa para superar las desventajas del criterio de territorialidad, “aplicándose el derecho del país donde se encuentra el domicilio, residencia o establecimiento del titular del derecho infringido” <sup>1129</sup>; o GINSBURG, que aboga por una suerte de “*lex informática*” <sup>1130</sup> al mismo efecto.

La otra alternativa, que también señala LUCAS, entre otros, vendría dada por la superación del principio de territorialidad. En este sentido, y tras constatar que la *lex loci protectionis* representa en la práctica una forma de *lex loci delicti*, apunta dicho autor que la determinación de la ley aplicable exige fijar cuál es ese lugar [donde tiene lugar la infracción]: aquél en el que se lleva a cabo el acto inicial de explotación (la transmisión de la obra o prestación), o aquél en el que se produce el daño (la recepción de la obra o prestación) <sup>1131</sup>.

La aplicación de la ley del lugar en el que se lleva a cabo el acto inicial de explotación (la *lex originis*) presenta las dificultades indicadas *ut supra*, en relación con la aplicación del principio de territorialidad al entorno digital – *v.gr.*, la posibilidad [e incluso certeza] de que los infractores lleven a cabo su actividad a través de servidores instalados en países con un nivel escaso o inexistente de protección. Esta circunstancia desaconseja la adopción del criterio de la *lex originis*, al menos en tanto en cuanto el derecho sustantivo en materia de propiedad intelectual

---

<sup>1129</sup> LUCAS, André, *Aspects de Droit International Privé de la Protection d'Ouvres et d'Objets de Droits Connexes Transmis par Réseaux Numériques Mondiaux*, Documento OMPI GCPIC/1, de 25 de noviembre de 1998, pág. 35 – disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/fr/gcpic/gcpic\\_1.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/fr/gcpic/gcpic_1.pdf)

<sup>1130</sup> GINGSBURG, Jane C., *The Private International Law of Copyright in the Era of Technological Change*, Colección de Cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Vol. 273, 1998, pág. 391.

<sup>1131</sup> LUCAS, André, *Aspects de Droit International Privé*, *óp. cit.*, pág. 24.

no sea objeto de un acuerdo “que garantice un alto grado de protección y la suficiente armonización”, en los términos expuestos *ut supra*, y “de momento ese no es el caso”<sup>1132</sup>.

Si cabe, sin embargo, la aplicación de este criterio en un ámbito como el comunitario, más o menos reducido y con un elevado nivel de protección y armonización. Prueba de ello es que conforme al art. 1.2.b) de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, *la comunicación al público vía satélite se producirá únicamente en el Estado miembro en que, bajo el control y responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programa se introduzcan en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra.*

Ahora bien, tal y como señala la Comisión Europea en su Libro Verde de 1995 sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información, dicha Directiva “no se pronuncia sobre la cuestión del derecho aplicable, que corresponde al derecho internacional privado de cada Estado miembro, sino que prevé una solución que se sitúa más cerca del origen del problema, a saber, la definición del acto de radiodifusión para el que puede solicitarse una protección”<sup>1133</sup> —es decir, la Directiva de 1993 no remite a la ley donde tiene lugar la transmisión, sino que se limita a establecer el país en el que se produce dicha transmisión, cuya ley será aplicable en virtud del principio de territorialidad, como *lex loci protectionis* o, con mayor precisión, *lex loci delicti*.

En todo caso, concluye LUCAS que no se debe abusar de este precedente [comunicación pública vía satélite], habida cuenta que mientras la comunicación pública es un proceso unitario en el que la acción decisiva es la emisión o transmisión, y en el que la obra o prestación artística “sigue el mismo camino al mismo tiempo para llegar a los clientes”, en las redes digitales de transmisión “las obras y prestaciones artísticas circulan en la autopista de la información a demanda de los consumidores, siguiendo además rutas imposibles de rastrear en detalle (...) y en las que cada usuario es un emisor potencial”<sup>1134</sup>.

---

<sup>1132</sup> Libro Verde de la Comisión Europea sobre los Derechos de Autor y los Derechos Afines en la Sociedad de la Información [COM(95) 382 final], de 19 de julio de 1995, pág. 42.

<sup>1133</sup> *Ibid.*, pág. 40.

<sup>1134</sup> LUCAS, André, *Aspects de Droit International Privé*, *op. cit.*, pág. 27.

Esta circunstancia ha provocado, en opinión de ESTEVE<sup>1135</sup>, la búsqueda de soluciones a través de “normas de conflicto orientadas”, de las que la propia autora destaca dos. La primera de ellas es la propuesta por GINGSBURG<sup>1136</sup> ante la OMPI, “combinando ciertos aspectos de la Directiva sobre radiodifusión transfronteriza vía satélite con una serie de puntos alternativos tendentes a corregir un resultado no deseado”, y que la propia ESTEVE resume de la siguiente manera: “1) En el caso que el Derecho aplicable sea conforme al Convenio de Berna y a los Tratados de la OMPI, distingue dos situaciones: (a) el contenido infractor encontrado en una página web, aplicándose la ley del país en el que el operador del sitio web tiene su residencia o establecimiento principal; y (b) el contenido infractor que no se encuentra en un sitio web, en cuyo caso se aplica el Derecho de la residencia principal del establecimiento principal de la persona o entidad que ha iniciado la comunicación. 2) Si, por el contrario, el Derecho designado no es acorde con el Convenio de Berna o los Tratados de la OMPI, el Derecho aplicable es el del país en el que se encuentra el servidor que contiene el material infractor, si dicho Derecho es acorde con los instrumentos mencionados. 3) Sin embargo, si un tercer país tiene vínculos más estrechos con la controversia, por ejemplo, manifiesta ser el blanco principal de la comunicación infractora, el Derecho de tal país será el aplicable, siempre que cumpla con los instrumentos jurídicos internacionales mencionados. 4) Pero si ese tercer país que mantiene los vínculos más estrechos no cumple con el Convenio de Berna ni con los Tratados de la OMPI, la ley aplicable a la totalidad del daño será la del foro. 5) Y por último, el juez podrá tener en cuenta que en países concretos en los que se ha producido el daño alegado, su Derecho es más o menos protector que el derecho de autor designado conforme a los criterios anteriores”<sup>1137</sup>.

La segunda propuesta destacada por ESTEVE es la formulada por BARIATTI<sup>1138</sup>: “1) la aplicación de la ley del lugar del servicio donde está publicada la página Web, es decir, el país de la carga; 2) si dicho país carece de legislación sobre derechos de autor, es un país que carece de conexiones con el asunto o es un lugar indeterminado, se aplicará la ley del país en cuyo ámbito se produce fundamentalmente el daño, lo que conducirá a la aplicación de la ley del país del domicilio del perjudicado; y 3) si no se pudiese determinar ese país, se aplicará la ley del foro”<sup>1139</sup>.

---

<sup>1135</sup> ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia, *Aspectos Internacionales*, *óp. cit.*, pág. 177.

<sup>1136</sup> GINGSBURG, Jane C., *Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Digital Networks* (Actualización de 2000), documento OMPI PIL/01/2, de 18 de diciembre de 2000, pág. 11 – disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo\\_pil\\_01/wipo\\_pil\\_01\\_2.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_pil_01/wipo_pil_01_2.doc)

<sup>1137</sup> ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia, *Aspectos Internacionales*, *óp. cit.*, págs. 178-179.

<sup>1138</sup> BARIATTI, Stefania, *Internet: aspects relatifs aux conflits de lois*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Università degli Studi di Milano, Año XXXIII, 1997, págs. 545-556.

<sup>1139</sup> ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia, *Aspectos Internacionales*, *óp. cit.*, págs. 180-181.

Como bien señala ESTEVE, ambas propuestas, inspiradas en la búsqueda de *la mejor ley*, “evitan acertadamente el fraccionamiento, superando el principio de territorialidad al aplicar una sola ley a todo el daño causado por una infracción de los derechos de autor en el Red”<sup>1140</sup>.

Sin embargo, esta búsqueda de *la mejor ley* no está exenta de críticas. Así, en opinión de LUCAS, las precitadas *normas de conflicto orientadas* [que dicho autor califica de normas de conflicto “en cascada”], al ofrecer tantas alternativas, no sólo dificultan su aplicación práctica, sino que además limitan la seguridad jurídica de los usuarios –que se ven privados de un nivel mínimo de certeza inicial en cuanto a la ley aplicable a su negocio, circunstancia esta nada desdeñable por cuanto que en función de la ley aplicable una misma actividad o acto de explotación podrá ser lícito o ilícito, requerir o no autorización inicial, generar o no una obligación de pago, etc. La solución pasaría entonces, en opinión de dicho autor y como ya hemos dicho anteriormente, por la adopción de normas internacionales uniformes sobre derechos de autor y derechos vecinos, lo que LUCAS califica de *lex mediatica*, cuyo principal efecto sería el de eliminar cualesquiera distorsiones derivadas de la aplicación estricta de la *lex loci protectionis*<sup>1141</sup>.

La segunda posibilidad que ofrece la *lex loci delicti*, como hemos visto, es la aplicación de la ley del país donde se produce el daño, que no ha de coincidir necesariamente con el país de origen o emisión, ni con el de (o los de) recepción de la obra, sino aquél que presente los vínculos más estrechos con el daño producido, es decir, el país en el que titular del derecho infringido tenga su residencia o establecimiento. Esta fórmula, no sólo respeta el criterio de la *lex loci protectionis*, sino que supera el fraccionamiento derivado de este último criterio, al reducir a una sola la ley aplicable (la del lugar del *maior laesi*), en lugar de remitir a tantas leyes como países receptores de la obra o prestación artística haya.

Ahora bien, todas estas propuestas, aunque más o menos acertadas, no dejan de ser de *lege ferenda*, habida cuenta que, como hemos dicho, la norma clave de Derecho internacional privado en materia de propiedad intelectual vigente en España, esto es, de *lege lata*, es, con sus virtudes y defectos, el precitado art. 10.4 Cc, en cuya virtud el TRLPI es de aplicación cuando el acto de explotación tiene lugar en España –lo que en el ámbito digital se traduce en la aplicación del TRLPI cuando el acto inicial de transmisión tiene lugar en España, o cuando la persona que lo

---

<sup>1140</sup> *Ibid.*, pág. 181.

<sup>1141</sup> LUCAS, André, *Aspects de Droit International Privé*, *óp. cit.*, págs. 29-30.

lleva a cabo (incluso a través de servidores instalados en terceros países) tenga su residencia o establecimiento en territorio español.

Así determinada la aplicación de la ley española (TRLPI), cumple analizar su ámbito, es decir, qué artistas son beneficiarios de la protección dispensada por la misma y con qué alcance.

### **3.- LOS BENEFICIARIOS DE LA PROTECCIÓN DISPENSADA POR EL TRLPI: PRINCIPIOS Y CRITERIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLES A LA MATERIA.**

#### **3.1.- Principios y denominadores comunes del Libro IV del TRLPI.**

El conjunto de normas contenidas en el Libro IV del TRLPI (arts. 163 a 167), aunque referidas a distintas categorías de titulares o de obras, y con la única salvedad del art. 167<sup>1142</sup>, comparten, en esencia, estructura y principios.

Así, y en primer lugar, todos ellos establecen el principio de no discriminación o equiparación de trato [y protección] entre los titulares españoles y los titulares nacionales de, o domiciliados en<sup>1143</sup>, cualquier Estado miembro de la UE. Dicho principio, que con buen criterio aparece recogido en el primer apartado de los arts. 163 a 166 TRLPI, trae causa directa de los arts. 21.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 18.1º TFUE (anterior art. 12 TCE), tal y como veremos más adelante.

Cumple advertir que, en este contexto, cualquier referencia a los Estados miembro de la UE incluye asimismo a los Estados miembro del Espacio Económico Europeo<sup>1144</sup> (EEE), y ello habida cuenta que conforme al art. 2 del Protocolo 28 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, las Partes Contratantes adecuarán sus legislaciones en materia de propiedad intelectual, haciéndolas compatibles con los principios de libre circulación de bienes y servicios y con los niveles de protección de la propiedad intelectual previstos en el Derecho comunitario.

---

<sup>1142</sup> Referido a los beneficiarios de la protección del derecho *sui generis* sobre las bases de datos.

<sup>1143</sup> En el caso de las personas jurídicas beneficiarias de protección (v.gr., productores de grabaciones audiovisuales o de fonogramas, entidades de radiodifusión, etc.).

<sup>1144</sup> Islandia, Noruega y Liechtenstein, a los que, de facto, podemos añadir a Suiza, toda vez que si bien no es miembro del EEE, lo cierto es que a través de más de un centenar de tratados bilaterales sectoriales con la UE, también ha incorporado en su ordenamiento las cuatro libertades del mercado interior de la UE (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales).



En segundo lugar, y tras sancionar el principio de no discriminación entre titulares españoles y comunitarios [incluido el EEE], los artículos de este Libro IV del TRLPI vienen a establecer determinados puntos o criterios de vinculación, aplicables a los titulares nacionales de terceros países (en función de su lugar de residencia) o a sus obras y prestaciones artísticas (en función del lugar y tiempo de su publicación, por ejemplo).

En tercer lugar, pero con carácter prevaleciente a cualquier punto de conexión o vinculación previsto en nuestro Derecho interno, tales artículos someten la protección en el territorio español de los titulares extranjeros a las disposiciones de los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte<sup>1145</sup>. Estos instrumentos, según veremos más adelante, suelen disponer el nivel mínimo de protección que los distintos Estados Contratantes deben dispensar a los titulares, obras o prestaciones especialmente vinculadas a cualquier otra parte contratante – y por “especialmente vinculadas” nos referimos al cumplimiento de alguno de los puntos de conexión o vinculación generalmente previstos en tales instrumentos (nacionalidad, lugar de residencia, lugar de fijación, lugar de publicación, etc.).

En cuarto lugar, los arts. 163 a 165 del Libro IV del TRLPI, referidos, respectivamente, a los autores, a los artistas y a los productores y editores, establecen con distinto alcance, y a modo de cláusula de cierre, el principio de reciprocidad. Sin perjuicio de cuanto se dirá más adelante a este respecto, este principio exige, para poder atribuir algún nivel de protección a los titulares, obras o prestaciones extranjeras que no cumplan con ninguno de los puntos de vinculación o conexión apuntados anteriormente, que las respectivas legislaciones nacionales de tales titulares, obras o prestaciones dispensen a su vez protección a los titulares, obras o prestaciones españolas. Dicho principio operaría en ausencia de tratado internacional y de criterio de vinculación fijado en el Libro IV del TRLPI, de ahí su carácter subsidiario.

Por último, y en relación con los plazos de protección de los derechos sobre los distintos tipos de obras o prestaciones, los arts. 163 a 166 TRLPI presentan otro denominador común, a saber: todos ellos fijan un mismo límite temporal a la duración de la protección de la que puede gozar un titular nacional de un tercer país ajeno a la UE. Así, conforme a dichos preceptos, el plazo de protección en tales casos expirará en la fecha prevista en la respectiva legislación nacional, sin

---

<sup>1145</sup> AMORES CONRADI y HEREDIA CERVANTES evidencian que “aunque la deficiente redacción de los arts. 163 a 167 LPI parezca insinuar lo contrario, no creemos necesario recordar que la primacía de la normativa de origen convencional sobre la regulación contenida en el sistema autónomo es algo que queda fuera de toda duda en virtud del juego combinado de los artículos 1.º 5 CC y 96 CE” -AMORES CONRADI, Miguel Ángel y HEREDIA CERVANTES, Iván, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, pág. 2133.

que en ningún caso pueda exceder del plazo de protección concedido por el TRLPI a cada uno de los derechos concernidos. Este límite, que trae causa directa del art. 7 de la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, tiene por objeto evitar que un titular extracomunitario de derechos pueda beneficiarse en el territorio de la UE de un plazo de protección mayor que otro titular comunitario.

### **3.2.- Los principios de trato nacional y de reciprocidad.**

Como venimos exponiendo, el principio de territorialidad, más concretamente el criterio de la *lex loci protectionis*, como cualquier otra norma de conflicto, no ofrece respuesta material a la pretensión de las partes, limitándose a remitir a una ley estatal (que será la encargada de suministrar la respuesta sustantiva en cuanto al nivel de protección reconocido al titular extranjero) o, en su caso, a un tratado internacional del que sean parte los países concernidos. Todo ello conlleva, obviamente, una amplia gama de posibilidades a este respecto, si bien podemos concretar en tres, los principios que determinan, a su vez, tres niveles diferentes de protección, a saber: el principio de trato nacional, de reciprocidad formal y de reciprocidad material.

#### **3.2.1.- El principio de trato nacional.**

Conforme al Glosario de derecho de autor y derechos conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)<sup>1146</sup>, el trato nacional es “un principio básico de la mayoría de los convenios relativos al derecho de autor y a los derechos conexos, en virtud del cual los titulares de dichos derechos (...) deben gozar en los Estados contratantes que no sean el país de origen, de los mismos derechos que tienen los nacionales del país en que se reclama la protección”.

Trato nacional significa, pues, la asimilación del titular extranjero de derechos a los nacionales del país donde se reclama la protección, reconociendo a unos y a otros los mismos derechos (o nivel de protección) –no en vano la forma en la que los tratados internacionales en esta materia vienen a facilitar la explotación transfronteriza de las obras y prestaciones artísticas, es permitiendo a sus titulares reclamar en otros países la protección sustantiva de sus derechos – o, al menos, de los derechos reconocidos en tales tratados o convenios internacionales.

---

<sup>1146</sup> Glosario de la OMPI de derecho de autor y derechos conexos, Ginebra 1980, pág. 164.

Efectivamente, y superado el principio de reciprocidad que inspiraba los antiguos tratados bilaterales, los tratados multilaterales, a partir del Convenio de Berna, prevén la precitada fórmula del *trato nacional*. Así, conforme al art. 5.1 de dicho Convenio, “los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, de los derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los derechos especialmente establecidos por el presente Convenio”.

Fórmula o principio que posteriormente fue incorporado en la Convención de Roma de 1961, cuyo art. 4, al establecer los criterios de vinculación para los artistas, dispone que “cada uno de los Estados Contratantes otorgará a los artistas intérpretes o ejecutantes el mismo trato que a sus nacionales, siempre que se produzca una de las siguientes condiciones: (a) que la ejecución se realice en otro Estado Contratante [criterio de la ejecución]; (b) que se haya fijado la ejecución o interpretación sobre un fonograma protegido en virtud del artículo 5 [criterio de la fijación]; que la ejecución o interpretación no fijada en un fonograma sea radiodifundida en una emisión protegida en virtud del artículo 6 [criterio de la radiodifusión]”; y, finalmente, en el WPPT de 1996 y en el Tratado de Beijing de 2012, cuyo art. 4 (esencialmente idéntico en ambos instrumentos) establece en primer lugar que “cada Parte Contratante concederá a los nacionales de otras Partes Contratantes el trato que concede a sus propios nacionales en relación con los derechos exclusivos previstos específicamente en el presente Tratado, y el derecho a una remuneración equitativa previsto en el [...] presente Tratado”, disponiendo no obstante que dicha obligación “no será aplicable a una Parte Contratante en la medida en que otra Parte Contratante haga uso de las reservas permitidas [en virtud del Tratado]”.

Con independencia del mayor análisis que realizaremos más adelante sobre el principio de trato nacional previsto en el Tratado de Beijing<sup>1147</sup>, cumple dejar ahora sentado que en los tres preceptos citados se observan, siquiera con carácter general, las posibles formulaciones del principio de *trato nacional*, a saber: (i) equiparación total, es decir, reconocimiento de todos los derechos reconocidos en cada ley nacional a los titulares extranjeros que sean nacionales de otro Estado contratante, aunque no estén previstos en el instrumento correspondiente – opción que sigue el Convenio de Berna; (ii) equiparación condicional, en el sentido de que el país en el que se reclame la protección reconocerá al titular extranjero el mismo trato que a sus propios nacionales únicamente cuando concurra alguna circunstancia concreta (puntos de vinculación) –

---

<sup>1147</sup> Vid epígrafe 2.3 del Capítulo XI.

tal y como prevé la Convención de Roma<sup>1148</sup>; y (iii) trato nacional limitado a determinados derechos, generalmente los expresamente previstos en el instrumento correspondiente, que serán los únicos que tendrá reconocidos el artista extranjero en el territorio de las demás partes contratantes (pudiendo verse limitado dicho alcance, además, mediante las correspondientes reservas) – criterio adoptado por el WPPT y el Tratado de Beijing.

### **3.2.2.- El principio de reciprocidad.**

Se trata de un criterio o punto de vinculación que determina el reconocimiento de derechos en un país (conforme a su ley interna) a los titulares extranjeros de derechos, cuando sus respectivas legislaciones nacionales reconocen igualmente derechos a los nacionales de aquel país. La reciprocidad puede ser formal o material.

Reciprocidad formal, o diplomática, que “requiere que las obras que se originan en el propio Estado reciban en el país extranjero la misma protección que éste otorga a las obras nacionales en él originadas. No es necesario que la protección sea equivalente a la establecida por el propio Estado; basta con que el país extranjero les otorgue la protección establecida por su ley a las obras que se originan en él, cualquiera sea el nivel de esa tutela” (LIPSZYC<sup>1149</sup>). Si se da esta condición, la ley del país donde se reclame protección dispensará al titular extranjero el mismo trato que a sus propios nacionales, alcanzando este criterio en la práctica el mismo efecto que el principio de trato nacional, en su formulación más amplia (la de la Convención de Berna), esto es, la equiparación total de los artistas extranjeros a los nacionales del país en el que se reclame la protección, con independencia de que el nivel de protección así reconocido al titular extranjero sea superior al mínimo establecido por algún tratado del que ambos países sean Partes Contratantes.

Reciprocidad material, que “requiere que la ley extranjera otorgue a las obras originadas en el propio Estado una protección básicamente equivalente a la que concede la ley de este último” (LIPSZYC<sup>1150</sup>). Es decir, no es suficiente con que la ley de un país otorgue protección a los titulares nacionales de otro país, sino que dicha protección sea equivalente (*v.gr.*, que los titulares tengan reconocidos en uno y otro país los mismos derechos), y sólo dentro de tal equivalencia cabe establecer la reciprocidad de trato. Por tanto, esta condición no implica o

---

<sup>1148</sup> Si bien su art. 2 establece, a modo de definición, que *el ‘mismo trato que a los nacionales’ estará sujeto a la protección expresamente concedida y a las limitaciones concretamente previstas* [en dicho instrumento].

<sup>1149</sup> LIPSZYC, Delia, *Derechos de Autor*, *óp. cit.*, pág. 597.

<sup>1150</sup> *Ibid.*, pág. 597.

produce efectos similares al trato nacional, al menos en su formulación más amplia –como sí que lo hace la reciprocidad formal-, salvo que en ambos países cada colectivo concreto de titulares tenga reconocidos los mismos derechos y con el mismo alcance. El efecto práctico de la reciprocidad material, en el marco de un instrumento internacional, sería equivalente al del trato nacional limitado arriba apuntado, esto es, limitado a los derechos expresamente previstos en dicho instrumento.

Efectivamente, dice FICSOR, en relación con la disposición relativa al trato nacional en el WPPT (art. 4) que “un trato nacional que sólo significa la obligación de conceder a los nacionales de otras Partes Contratantes los derechos previstos específicamente en un tratado no constituye trato nacional real; se acerca más a la aplicación de la reciprocidad material sujeta a determinadas condiciones establecidas en virtud del Tratado”<sup>1151</sup>. Y lo dice con respecto a una disposición que no contiene el “segundo nivel” previsto en el art. 4 del Tratado de Beijing [en relación con la radiodifusión y comunicación al público, la posibilidad de que una Parte Contratante limite el alcance y duración de la protección que concede a los nacionales de otra Parte Contratante a los derechos de que gozan sus propios nacionales en esa otra Parte Contratante], sino tan sólo el “primer nivel” u obligación de otorgar el mismo trato que a los propios nacionales limitada a los derechos exclusivos y de remuneración expresamente previstos en el Tratado.

Nosotros, sin embargo, y como tendremos ocasión de ver más adelante<sup>1152</sup>, opinamos que el art. 4 del Tratado de Beijing no establece la reciprocidad material, al menos en relación con los derechos exclusivos de fijación, reproducción, distribución, alquiler y puesta a disposición, toda vez que para todos ellos cada Parte Contratante está obligada a conceder a los nacionales de otras Partes Contratantes el mismo trato que concede a sus propios nacionales, sin más, de tal suerte que la obligación de las Partes Contratantes se extiende, para cada derecho, a otras facultades distintas de las expresamente previstas en el Tratado, así como a los límites y excepciones que cada Parte Contratante (conforme al propio Tratado, *ex. art. 13*) puede haber adoptado en su legislación nacional. Circunstancia ésta que sería discutible en el caso de la reciprocidad material, especialmente cuando la protección reclamada en un país gira en torno a una compensación o remuneración, prevista en dicho país por alguna suerte de licencia legal o límite a un derecho exclusivo, cuando el país de origen no reconoce ese mismo derecho compensatorio o de remuneración (pero sí el exclusivo) al titular.

---

<sup>1151</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 248.

<sup>1152</sup> *Vid* epígrafe 2.3 del Capítulo XI.

La formulación del criterio de la reciprocidad, por lo que a la protección en España se refiere, adoptaría, en definitiva, una de las dos formas, en función de si la misma es formal o material. Así, la reciprocidad formal o diplomática supondría que la no discriminación de los titulares españoles en un país concreto es condición suficiente para que los nacionales de éste gocen en España de todos los derechos reconocidos por el TRLPI. Y, por su parte, la reciprocidad material supondría que los nacionales de un tercer país únicamente tendrán reconocidos en España los derechos concretos (y con idéntico alcance) que los titulares españoles tienen reconocidos en aquél país.

### **3.2.3.- Los criterios o puntos de vinculación.**

Según hemos anticipado, la protección de una obra (o interpretación) o titular extranjero en un determinado país vendría determinada por los anteriores principios, comúnmente fijados en instrumentos internacionales bilaterales o multilaterales, en los que también es habitual encontrar determinados criterios o puntos de vinculación que determinan el nivel de protección dispensado al titular extranjero –la obligación de dispensar trato nacional o, en su caso, limitar la protección en base a un criterio de reciprocidad material.

Los criterios o puntos de vinculación vendrían a ser aquellas circunstancias jurídicas que, afectando a los titulares o a sus obras (o prestaciones artísticas), determinan el reconocimiento de sus derechos en el país extranjero en el que reclamen su protección. Tales criterios o vínculos pueden basarse en la nacionalidad del titular, el lugar de la primera publicación, el lugar de residencia del titular, el lugar donde realizó la obra o la prestación artística, o donde éstas fueron fijadas en un soporte por primera vez, e incluso la legislación nacional puede contener, entre tales criterios, una remisión a los tratados internacionales de los que sea parte el Estado, o incluso definir y delimitar directamente los principios de trato nacional o reciprocidad ya comentados.

Según se desprende de la Guía de la OMPI sobre la Convención de Roma de 1961, los puntos de vinculación no son estáticos para todas las categorías de titulares y/u obras, sino que pueden variar según cual sea la categoría del beneficiario. Además, es habitual que las distintas convenciones internacionales en la materia reconozcan a los Estados Contratantes la facultad de no aplicar determinados criterios o puntos de vinculación mediante el depósito de las correspondientes reservas. Circunstancias éstas que hacen que, como dice MASOUYÉ, “el

sistema de protección sea extremadamente complejo y capaz de suscitar, cuando se trata de aplicarlo, controversias o litigios, sobre los que han de pronunciarse los tribunales”<sup>1153</sup>.

Los puntos de vinculación o conexión previstos en el art. 164 TRLPI para los artistas intérpretes o ejecutantes [recuérdese que conforme a la norma de conflicto contenida en el art. 10.4 Cc, la ley aplicable cuando se reclama protección en España es el TRLPI], son los siguientes:

- Criterio de la nacionalidad: conforme al art. 164.1 TRLPI, si el artista extranjero es nacional de un Estado Miembro de la UE, tendrá reconocidos en España los mismos derechos que los artistas españoles.
- Criterio de la residencia: con independencia de la nacionalidad del artista, cuando éste tenga su residencia habitual en España también tendrá reconocidos los mismos derechos que los artistas españoles (art. 164.2.a TRLPI).
- Criterio del lugar de interpretación: lo mismo sucede en relación con las interpretaciones efectuadas en territorio español (art. 164.2b TRLPI) –nótese que este criterio está referido a la interpretación, que no al titular, de tal modo que un mismo artista en el que no concurra algún criterio de vinculación *personal* (v.gr., nacionalidad, residencia) podrá tener determinadas interpretaciones protegidas en España (v.gr., aquéllas que efectúe en territorio español) y otras no.
- Criterio de la fijación: del mismo modo que sucede con el anterior criterio, el artista en el que no concurra algún punto de vinculación *personal* tendrá protegidos los derechos sobre sus interpretaciones audiovisuales, además, y conforme al art. 164.2.c TRLPI, cuando las mismas estén fijadas en una grabación audiovisual protegida conforme a lo dispuesto al TRLPI –cuando el productor de dicha grabación tenga reconocidos los correspondientes derechos sobre la misma, conforme al art. 165 TRLPI.
- Criterio de la emisión: también con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia habitual (puntos de vinculación *personales*), dispone el art. 164.2.d TRLPI que el artista tendrá protegidos en España los derechos sobre sus interpretaciones no fijadas (en vivo) incorporadas a una emisión de radiodifusión protegida<sup>1154</sup> conforme a lo dispuesto en el

---

<sup>1153</sup> MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma*, *óp. cit.*, pág. 33.

<sup>1154</sup> Cumple advertir en este punto que el art. 164.2.d TRLPI emplea, sin acierto, la expresión *aunque no haya sido grabada*, lo que puede inducir a error. En efecto, y aún cuando de la literalidad de dicho precepto se puede deducir que toda interpretación o

TRLPI –cuando la entidad de radiodifusión tenga, a su vez, reconocidos sus derechos en España conforme al art. 165 TRLPI.

Junto a dichos puntos de conexión o vinculación, el art. 164.3 TRLPI somete el alcance de la protección dispensada en España a los artistas extranjeros, como hemos dicho *ut supra* y con carácter prevalente a cualesquiera otras disposiciones de Derecho interno, a lo que a tal efecto dispongan los tratados internacionales de los que España sea Parte Contratante –*en todo caso, los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países gozarán de la protección que corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte.*

Además del Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC de 1994, y que en esta materia remite expresamente a la Convención de Roma<sup>1155</sup>, al día de la fecha España únicamente ha ratificado el Convenio de Roma de 1961 (mediante instrumento de 14 de agosto de 1991) y el WPPT de 1996 (mediante instrumento de 14 de diciembre de 2009), por lo que el régimen convencional aplicable conforme al art. 164.3 TRLPI es el previsto en tales tratados –referidos, esencialmente y como veremos más adelante, a las interpretaciones o ejecuciones sonoras o musicales<sup>1156</sup>.

Y es que si bien España firmó el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones o Ejecuciones Audiovisuales (con fecha 26 de junio de 2012), no sólo no lo ha ratificado aún, sino que, aunque lo hubiera hecho, habría que esperar a que se produjera su entrada en vigor –esto es, a que transcurran tres meses después de que 30 Partes Contratantes hayan depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión (art. 26 del Tratado), cifra aún lejana de cumplirse al día de la fecha.

Por tanto, el régimen convencional aplicable en España conforme al art. 164. 3 TRLPI no es otro que el previsto en la Convención de Roma y el WPPT. Así, conforme al primero de ellos, el artista extranjero disfrutará de protección en España, siquiera limitado a los derechos expresamente previstos en dicho instrumento, cuando se dé al menos una de las tres circunstancias que prevé su art. 4 (y que han sido incorporadas en el art. 164.2 TRLPI): (i) que la actuación se haya efectuado en otro Estado Contratante, (ii) que la actuación se haya fijado en

---

ejecución incorporada a una emisión de radiodifusión protegida estará igualmente protegida, con independencia de si está o no grabada o fijada, lo cierto es que este criterio (al igual que el del lugar de interpretación y el de la fijación) deriva directamente del art. 4 de la Convención de Roma, el cual condiciona el alcance del trato nacional a que se dé al menos una de las tres circunstancias previstas en dicho precepto, siendo una de ellas que *la ejecución o interpretación no fijada (...) sea radiodifundida en una emisión protegida.*

<sup>1155</sup> Efectivamente, dispone el art. 1.3 del Acuerdo sobre los ADPIC que *los miembros concederán a los nacionales de los demás miembros el trato previsto en el presente Acuerdo, entendiéndose por tales las personas físicas o jurídicas que cumplirían los criterios establecidos para poder beneficiarse de la protección en (...) la Convención de Roma.*

<sup>1156</sup> Vid epígrafes 1.1 y 1.3 del Capítulo XI.



un fonograma protegido en virtud dicha Convención, (iii) que la actuación no fijada [*en vivo*] sea radiodifundida en una emisión protegida en virtud de dicha Convención<sup>1157</sup>.

Por su parte, y en relación con el régimen de protección dispensado conforme al WPPT (art. 4), los artistas extranjeros disfrutarán de protección en España con respecto a sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma, y en relación con los derechos específicamente previstos en dicho Instrumento, cuando sean nacionales de otra Parte Contratante –y ésta no haya hecho uso de la reserva que le permite el art. 15.3 de dicho Tratado<sup>1158</sup> en relación con el derecho de remuneración por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales, en cuyo caso no tendrán reconocido dicho derecho en España, salvo que cumplan con algún otro punto de vinculación que determine lo contrario.

Por último, y a modo de cláusula de cierre, dispone el art. 164.3 TRLPI que cuando no es de aplicación ninguno de los precitados criterios, los artistas extranjeros estarán equiparados a los españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales de aquel país. Se trata, en definitiva, del precitado criterio de reciprocidad, sobre cuyo alcance (formal o material), por lo que a las interpretaciones audiovisuales se refiere, volveremos más adelante.

## **4.- LA PROTECCIÓN DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES EXTRANJERAS EN ESPAÑA: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 164 TRLPI.**

### **4.1.- Aspectos generales.**

Recordemos que conforme a los arts. 10.4 y 429 Cc, los derechos de propiedad intelectual se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con el TRLPI, que, a su vez, establece en su art. 164 las circunstancias [los puntos de vinculación o conexión] en las que un artista extranjero

---

<sup>1157</sup> En realidad el art. 4 de la Convención de Roma se refiere a la interpretación o ejecución no fijada *en un fonograma*. Pese a ello, entendemos, no obstante, que este punto concreto de vinculación se refiere a cualesquiera interpretaciones o ejecuciones en vivo, y no sólo a aquellas no fijadas en un fonograma, y ello porque lo contrario significaría que la interpretación fijada en una fijación audiovisual [no fijada en un fonograma] estaría protegida cuando fuera radiodifundida en una emisión protegida conforme al art. 6 de dicha Convención, y ello contradice su art. 19, o “disposición inhabilitante”, en cuya virtud una vez el artista intérprete o ejecutante consiente la incorporación de su actuación en una fijación visual o audiovisual, se verá privado de los derechos que dicho instrumento le reconoce (sobre su actuación fijada).

<sup>1158</sup> *Toda Parte Contratante podrá, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI, declarar que aplicará las disposiciones del párrafo 1) [derecho de remuneración por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales] únicamente respecto de ciertas utilidades o que limitará su aplicación de alguna otra manera o que no aplicará ninguna de estas disposiciones.*

tiene reconocidos en España los derechos previstos en dicha norma sobre sus interpretaciones, en nuestro caso audiovisuales.

El TRLPI, como norma aplicable, es, además, el encargado de determinar, no sólo el tipo y alcance de los derechos en cuestión (la protección sustantiva), sino también los titulares a los que éstos corresponden, de manera que los problemas de la calificación [determinación de los titulares protegidos] se resolverán en todo caso de acuerdo con el derecho material español. A los efectos que aquí interesan, sólo el artista intérprete o ejecutante definido de acuerdo con el art. 105 TRLPI estará legitimado para reclamar los derechos que la ley española reconoce a dicha categoría de titulares.

Todo ello sin perder de vista la primacía de lo dispuesto a estos efectos por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte, tal y como prevé el propio art. 164 TRLPI en su apartado 3º, en sintonía con los arts. 1.5 y 10.4 Cc y 96.1 de la Constitución.

Cumple advertir, no obstante y como tendremos ocasión de ver, que las interpretaciones fijadas en un soporte o medio audiovisual no encuentran amparo en ningún instrumento internacional de carácter multilateral actualmente en vigor (*v.gr.*, Convención de Roma, Acuerdo sobre los ADPIC y WPPT<sup>1159</sup>), y ello habida cuenta que el Tratado de Beijing, único instrumento multilateral para la protección de las interpretaciones audiovisuales, no entrará en vigor hasta transcurridos tres meses después de que 30 partes hayan depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión, tal y como dispone su art. 26, y que en septiembre de 2015 contaba con tan sólo con ocho ratificaciones o adhesiones<sup>1160</sup>.

En términos generales, y salvo que el artista extranjero que reclama protección en territorio español sea nacional de un Estado miembro del EEE o de un país con el que España tenga suscrito un convenio bilateral del que se derive la obligación recíproca de dispensar protección a sus respectivos nacionales<sup>1161</sup>, la referida ausencia de instrumento multilateral en vigor sobre interpretaciones audiovisuales significa, en esencia, que habrá que estar única y exclusivamente

---

<sup>1159</sup> *Vid.* epígrafes 4.3 y 4.4 del Capítulo X.

<sup>1160</sup> *Vid.* epígrafe 4.5.2 del Capítulo X.

<sup>1161</sup> Efectivamente, la inexistencia de tratado multilateral no implica la inexistencia de convenios bilaterales con determinados países, en cuyo caso, el régimen de protección previsto en los mismos prevalecería sobre cualesquiera puntos de vinculación o conexión previstos en el art. 164 TRLPI. De tales convenios destacamos el precitado “Canje de Notas concediendo a los súbditos españoles en los Estados Unidos y a los ciudadanos americanos en España los mismos derechos en materia de propiedad intelectual, de 6 y 15 de julio de 1895” (restablecido por nuevo Canje de Notas de 29 de enero y 26 de noviembre de 1902), sobre el que volveremos más adelante por su relevancia práctica en el sector audiovisual.

a los puntos de vinculación o conexión específicamente previstos en el art. 164 TRLPI, y que podemos clasificar en dos categorías.

La primera de ellas integra aquellos puntos de vinculación o conexión específicos de la norma española. Los puntos de esta categoría los podemos dividir, a su vez, en dos grupos, a saber: aquéllos que vienen dados por las circunstancias *personales* del artista (nacionalidad o lugar de residencia habitual), y que determinan la protección de cualesquiera interpretaciones de dicho artista; y aquellos otros vinculados a la interpretación (no al artista), determinando así la protección de la misma, sin que ello signifique que el resto de interpretaciones del mismo artista estén igualmente protegidas en España (salvo que concurra alguno de los precitados puntos de conexión *personales* –nacionalidad y residencia- o de vinculación con la interpretación). Estos puntos de conexión limitados a la interpretación son los previstos en el segundo apartado del art. 164 TRLPI, los cuales, como hemos dicho, tienen su origen en la Convención de Roma<sup>1162</sup>. Se trata de los precitados criterios del lugar de interpretación, de fijación y de emisión.

La segunda categoría vendría dada por el régimen de reciprocidad, que ante la ausencia de convención o tratado internacional aplicable sobre la protección de interpretaciones audiovisuales, opera como cláusula o conexión de cierre, en relación con aquellos artistas que no se encuentren amparados en España conforme a ninguno de los criterios anteriormente señalados. Así, los artistas nacionales de terceros países no comunitarios *estarán equiparados a los artistas intérpretes o ejecutantes, españoles, cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo* (art. 164.3).

#### **4.2.- Marco de protección general de las interpretaciones audiovisuales extranjeras.**

El art. 164 TRLPI, dentro del Libro IV ("Del ámbito de aplicación de la Ley), se refiere específicamente al ámbito de aplicación personal de la Ley de Propiedad Intelectual española a los artistas intérpretes o ejecutantes. Y, aunque la regulación propuesta por el art. 164 TRLPI resulte compleja, podemos advertir en él tres regímenes diferentes, que se aplican de forma jerarquizada: En primer lugar, resulta de aplicación el régimen convencional internacional. En su defecto, esto es, en defecto de tratado internacional (bilateral o multilateral) aplicable, entra en

---

<sup>1162</sup> Nótese que al ser incorporados en el TRLPI, sin especificar la naturaleza (sonora o audiovisual) de la interpretación o de su fijación, son de aplicación a todo tipo de interpretaciones, audiovisuales incluidas –pese a no ser este el caso en la Convención de Roma.

juego el régimen de protección previsto por la legislación interna, esto es, por el art. 164 TRLPI, apartados 1 y 2. Y, por último, a los supuestos no cubiertos por la segunda solución se les aplica la regla basada en la reciprocidad, que constituye la cláusula de cierre del sistema (art. 164.3 TRLPI *in fine*).

Ahora bien, por lo que a las interpretaciones audiovisuales se refiere, y con la salvedad de aquellos convenios bilaterales de los que España sea Parte, y que contengan alguna disposición sobre la protección de los nacionales de una y otra parte, resulta inaplicable el régimen convencional internacional, habida cuenta la inexistencia de un instrumento multilateral en vigor sobre la protección de tales interpretaciones.

Conforme al régimen previsto por la legislación interna se protegerán los derechos reconocidos en el TRLPI a los artistas intérpretes o ejecutantes españoles cualquiera que sea el lugar de su interpretación o ejecución, así como los correspondientes a los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea. Dicha protección se extiende también a los ciudadanos del resto del Espacio Económico Europeo (EEE), conforme al art. 2 del Protocolo 28 del Acuerdo sobre el EEE.

Se trata, en definitiva, del precitado criterio de la nacionalidad, que determina la obligación de dispensar trato nacional al artista extranjero que lo cumple, equiparándole íntegramente a los artistas españoles en tratamiento y protección, sin exigir ningún otro requisito.

Cuando el artista sea nacional de un tercer país, no miembro de la UE (o del EEE), o con el que España no tenga suscrito un convenio en vigor que disponga un nivel específico de protección, únicamente tendrán protegidos sus derechos en España cuando tengan su residencia habitual en territorio español – art. 164.2.a) TRLPI, o criterio de la residencia. En este caso, el artista gozará de protección sobre todas sus interpretaciones, cualquiera que sea el lugar de la interpretación.

No sucede lo mismo con el resto de puntos de conexión previstos en el art. 164.2 TRLPI, pues aparecen vinculados a interpretaciones concretas, sobre las cuales el artista tendrá reconocidos todos los derechos previstos en el TRLPI, no así sobre el resto de sus interpretaciones. Así, estarán protegidas en España las siguientes interpretaciones audiovisuales, correspondientes a artistas en los que no concurren ningún otro punto de vinculación de carácter general (ya sea conforme al régimen convencional, al criterio de la nacionalidad o de la residencia):

- Interpretaciones efectuadas en territorio español, ex. art. 164.2.b) TRLPI.
- Interpretaciones grabadas en un soporte audiovisual protegido conforme a lo dispuesto en el TRLPI, ex. art. 164.2.c) TRLPI.
- Interpretaciones en vivo incorporadas a una emisión de radiodifusión protegida conforme a lo dispuesto en el TRLPI, ex. art. 164.2.d) TRLPI.

Estas normas materiales fijadas unilateralmente por el legislador español son las que determinan, en definitiva, a quiénes y bajo qué circunstancias resultará de aplicación la protección contenida en el TRLPI. Los criterios responden al grado de conexión del titular de los derechos con el ámbito del ordenamiento jurídico español, y han de exigirse de forma alternativa. De este modo, teniendo en cuenta que los artistas intérpretes son necesariamente personas físicas, por el propio objeto de su actividad, el apartado 2 del art. 164 TRLPI prevé una conexión personal, la residencia habitual en España (supuestos del apartado a), y tres conexiones de carácter territorial, vinculadas al hecho de que cualquiera de las operaciones señaladas tenga lugar en territorio español (supuesto de los apartados b, c y d).

Los supuestos de los apartados a) [residencia] y b) [lugar de la interpretación], no requieren grandes esfuerzos interpretativos, en cambio, en cuanto a los supuestos de los apartados c) [fijación] y d) [emisión], tan sólo hay que ponerlos en consonancia con los artículos 165 y 166 TRLPI, en cuya virtud:

La interpretación del referido apartado c), a efectos de determinar cuándo un soporte audiovisual se considera protegido conforme a nuestra ley, requiere ser puesta en conexión con lo dispuesto en el artículo 165 TRLPI, regulador del ámbito de protección de los productores de grabaciones audiovisuales. Así se infiere que los artistas cuyas interpretaciones hayan sido grabadas en un soporte audiovisual cuyos productores sean ciudadanos españoles o de otro país comunitario (o del EEE, o de un país con el que España tenga suscrito el correspondiente acuerdo bilateral), o personas jurídicas domiciliadas en España o en cualquier otro país comunitario (o del EEE), gozarán de la protección prevista en el TRLPI. De esta forma todo artista cuya interpretación grabada se haya incorporado en una producción europea, por ejemplo, aunque no sea español o de un país comunitario, estará protegido conforme a nuestra legislación.

Si la interpretación grabada en un soporte audiovisual, es producida por un productor no comunitario (o de un país con el que España tenga suscrito el correspondiente acuerdo bilateral), pero es publicada por primera vez en nuestro país, o dentro de los 30 días siguientes a su publicación en otro país, el artista intérprete o ejecutante también goza de protección al amparo del TRLPI, habida cuenta que el soporte en el que se incorpora está igualmente protegido, *ex. art. 165 TRLPI* (criterio de la publicación).

Respecto a los supuestos referidos en el apartado d), en relación con el artículo 166 TRLPI [regulador de la protección conferida a las entidades de radiodifusión], siguiendo el mismo criterio interpretativo del supuesto anterior es posible determinar que cuando la interpretación que no haya sido grabada (en vivo) se incorpora a una emisión de una entidad de radiodifusión domiciliada en España o en otro Estado de la UE (o del EEE), dicha interpretación, o más bien, el artista que la lleva a cabo, tendrá reconocidos los derechos previstos el TRLPI.

Y por último, entra en juego la regla basada en la reciprocidad, según la cual los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países estarán equiparados a los artistas intérpretes o ejecutantes españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo. Este régimen residual, únicamente se aplicará en defecto de convenio y en el caso de que el supuesto de que se trate no esté contemplado ni en el párrafo primero ni segundo del art. 164 TRLPI. El ordenamiento jurídico de referencia o de comparación es el de la nacionalidad de los eventuales titulares de derechos.

#### **4.3.- Protección en España de las interpretaciones audiovisuales de la UE (art. 164.1 TRLPI).**

El art. 164.1 TRLPI no deja lugar para la duda al considerar que *se protegerán los derechos reconocidos en esta Ley a los artistas intérpretes o ejecutantes españoles cualquiera que sea el lugar de su interpretación o ejecución, así como los correspondientes a los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea.*

Ahora bien, no por su claridad dejamos de considerar oportuno traer a colación las normas y principios de los que trae causa tal equiparación entre los artistas españoles y los artistas nacionales de cualquier otro Estado miembro de la UE –no en vano este apartado supone el mejor ejemplo del principio de trato nacional, en su sentido más amplio, esto es, equiparación plena de los titulares extranjeros a los propios nacionales.

Ello es consecuencia necesaria de la prohibición expresa de toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Derecho originario de la UE -de los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y sus ampliaciones<sup>1163</sup>.

Prohibición que recoge expresamente el art. 21.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>1164</sup>, conforme al cual, *se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución [o del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea] y sin perjuicio de sus disposiciones particulares*; y que acoge el art. 6.1 TUE, que en su versión consolidada tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, establece: *la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*. Y así, el art. 18.1º TFUE (anterior art. 12 TCE) dispone que *en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad*.

Discriminación por otro lado incompatible con la figura de la “ciudadanía de la UE”, creada por el art. 20.1 TFUE (anterior art. 17 TCE), y que implica el reconocimiento de toda una serie de derechos a los ciudadanos de cualquier Estado miembro de la UE, que abundan en la configuración de una suerte de trato nacional en ámbitos que exceden el del mercado interior. Así, por ejemplo, en los art. 20 y ss TFUE (anteriores arts. 19 y 20 TCE) se reconocen al ciudadano de la UE los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, “en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”, así como el derecho de acogerse, en el territorio de un tercer país, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, también “en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”.

JANER TORRENS otorga al principio de no discriminación por razón de nacionalidad la categoría de “principio vertebrador del ordenamiento comunitario” que, además, “ha contribuido

---

<sup>1163</sup> El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), de 1951; los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EUROATOM), de 1957; el Acta Única Europea (AUE), de 1986; el Tratado de la Unión Europea (o Tratado de Maastricht), de 1992; el Tratado de Ámsterdam, de 1997; el Tratado de Niza, de 2001; el Tratado de Lisboa, de 2007.

<sup>1164</sup> Adoptado en Estrasburgo el 12 de diciembre 2007 (Diario Oficial de la Unión Europea N°. C. 303, de 14/12/2007). En vigor a partir del 1 de diciembre de 2009.

de manera decisiva a la realización del mercado interior. Buen ejemplo de ello lo constituyen las concretas manifestaciones de este principio en el ámbito [entre otros] de la libre circulación de trabajadores (art. 39.2 TCE), de la libertad de establecimiento (art. 43.1 TCE), de la libre prestación de servicios (art. 54 TCE), de la libre circulación de capitales (art. 58 TCE)”<sup>1165</sup>.

Ahora bien, de la literalidad de los precitados arts. 21.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 18.1º TFUE (anterior art. 12 TCE), se desprende que el principio de no discriminación por razón de nacionalidad no es de aplicación en cualesquiera supuestos, sino que únicamente se proyecta sobre aquellas actividades llevadas a cabo en el ámbito de aplicación del Derecho originario de la UE –los Tratados Constitutivos–, es decir, que presenten algún vínculo o conexión con cualesquiera de las materias reguladas por los Tratados que integran dicho Derecho<sup>1166</sup> o que entren en su ámbito de aplicación, tal cual sucede cuando aquéllas tienen algún tipo de incidencia en la realización del mercado interior (siendo éste uno de los objetivos principales de la UE, conforme al art. 3.3 TUE). En estos supuestos, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad determina la obligación de los Estados miembros de equiparar [dispensar trato nacional] a los nacionales de otro Estado miembro.

Se trata entonces de determinar qué materias tienen algún tipo de impacto en la realización del mercado interior, entrando así de lleno en el ámbito de aplicación de los Tratados Constitutivos a los efectos de la aplicación del principio de no discriminación. En el caso concreto que nos ocupa [la protección de las interpretaciones audiovisuales o, con mayor precisión, de los derechos sobre las mismas], resulta indudable que se trata de una materia con una clara conexión o vinculación con la realización del mercado interior, incluida por tanto en el ámbito de aplicación de los Tratados constitutivos. Muestra de ello es la intensa labor armonizadora emprendida por el legislador comunitario a partir de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, cuyo Considerando primero deja expresa constancia del impacto de esta materia en la realización del mercado interior al afirmar que “los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor” son “fuente de obstáculos al comercio y de distorsiones de la competencia que impiden el buen funcionamiento del mercado interior”. Ratifica este extremo la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo

---

<sup>1165</sup> JANER TORRENS, Joan David, *El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, año. 7, núm. 14, enero-abril 2003, págs. 306 - 307.

<sup>1166</sup> Así, en su sentencia de 15 de enero de 1986 (asunto 44/84, Hurd/Jones), el TJUE señaló que “el principio de no discriminación consagrado por el artículo 7 del Tratado CEE [actual art. 18.1º TFUE], así como la expresión específica que ha encontrado en el artículo 48 [actual art. 45 TFUE – sobre la libre circulación de trabajadores dentro de la UE], no pueden ser aplicados a situaciones puramente internas de un Estado miembro que no presenten ningún vínculo de relación con una cualquiera de las situaciones previstas por el Derecho Comunitario” (pár. 29).



de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, en cuyo Considerando segundo se indica que la coexistencia en el seno de la UE de distintos plazos de protección de los derechos de autor y de los derechos afines a los del autor “acarrea[ba] disparidades (...) que pueden [podían] obstaculizar la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios y falsear las condiciones de la competencia en el mercado común”, y que “para el correcto funcionamiento del mercado interior es [era] necesario armonizar las legislaciones de los Estados miembros a fin de que el plazo de protección sea idéntico en toda la Comunidad”.

Que la protección de los derechos de autor y de los derechos afines a los del autor, en cuanto que tiene un claro impacto en el establecimiento y desarrollo del mercado interior, entra en el ámbito de aplicación del Tratado a los efectos de la aplicación del principio de no discriminación es algo que también ha señalado el TJUE. Así, por ejemplo, en su Sentencia de 20 de octubre de 1993 (asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92, Phil Collins), en la que el Tribunal de Justicia concluye afirmando que “los derechos de autor y derechos afines (...) debido especialmente a sus efectos sobre los intercambios intracomunitarios de bienes y servicios, están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Tratado [y] se encuentran necesariamente sometidos al principio general de no discriminación establecido en el párrafo primero del artículo 7 del Tratado [actual art. 18.1º TFUE]” (pár. 27) <sup>1167</sup>.

Además, y habida cuenta que la normativa comunitaria en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor es “pertinente a efectos del EEE”, en la medida en que a través de la misma se pretende suprimir cualesquiera barreras al desarrollo del mercado interior, incluso en aquellos países que, no siendo miembros de la UE, sí lo son de dicho Espacio Económico (Islandia, Noruega y Liechtenstein) y, por tanto, obligados igualmente a incorporar las cuatro libertades del mercado interior de la UE (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales), el precitado principio de no discriminación por razón de nacionalidad es igualmente aplicable a los nacionales de tales países.

---

<sup>1167</sup> En la misma resolución, el TJUE sentencia que “al igual que los restantes derechos de propiedad industrial y comercial, los derechos exclusivos conferidos por la propiedad literaria y artística pueden afectar a los intercambios de bienes y servicios, así como a las relaciones de competencia en el interior de la Comunidad. Por este motivo, como ha afirmado el Tribunal de Justicia en una reiterada jurisprudencia, dichos derechos, aunque se rijan por las legislaciones nacionales, están sometidos a las exigencias del Tratado y, por tanto, están incluidos en el ámbito de aplicación de este último” (pár. 22) y que “precisamente, con el fin de evitar los riesgos de que surjan obstáculos a los intercambios y distorsiones de la competencia, el Consejo adoptó (...) la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual” (pár. 26).

Efectivamente, dispone el art. 65.2 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo [Decisión del Consejo y de la Comisión, de 13 de diciembre de 1993, relativa a la celebración del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia y la Confederación Suiza, por otra parte], que *en el Protocolo 28 y el Anexo XVII figuran disposiciones y arreglos específicos relativos a la propiedad intelectual, industrial y mercantil, los cuales, salvo disposición en contrario, se aplicarán a todos los productos y servicios*. Las disposiciones que figuran en el precitado Anexo XVII, y que resultan de aplicación por parte de los Estados miembros del EEE y Suiza, son, entre otras, las Directivas 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable; 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; y 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (versión codificada).

Y, por su parte, el art. 2 del precitado Protocolo 28 establece que las Partes Contratantes adecuarán sus legislaciones en materia de propiedad intelectual, haciéndolas compatibles con los principios de libre circulación de bienes y servicios y con los niveles de protección de la propiedad intelectual previstos en el Derecho comunitario –precisamente el que establecen las precitadas Directivas– y, por tanto, con obligación de respetar el precitado principio de no discriminación previsto en el art. 18.1º TFUE.

#### **4.4.- Protección en España de las interpretaciones audiovisuales de terceros países ajenos a la UE.**

##### **4.4.1.- Los criterios de vinculación específicos comprendidos en el art. 164.2 TRLPI.**

Dispone el art. 164.2 TRLPI que *los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países [no miembros de la UE<sup>1168</sup>] gozarán de los mismos derechos reconocidos en esta Ley en cualquiera de los siguientes casos:*

- a) Cuando tengan su residencia habitual en España.*
- b) Cuando la interpretación o ejecución se efectúe en territorio español.*
- c) Cuando la interpretación o ejecución sea grabada en un fonograma o en un soporte audiovisual protegidos conforme a lo dispuesto en esta Ley.*
- d) Cuando la interpretación o ejecución, aunque no haya sido grabada, se incorpore a una emisión de radiodifusión protegida conforme a lo dispuesto en esta Ley.*

El art. 164.2 del TRLPI establece, en definitiva, una serie de puntos de conexión que habrán de exigirse de forma alternativa para concretar *ratione materiae* y *ratione personae* el ámbito de aplicación del TRLPI en aquellos supuestos en los que el artista no sea nacional de un Estado miembro de la UE (o del EEE).

Los dos primeros criterios, es decir, los que fijan la vinculación con nuestro ordenamiento a través del lugar de residencia del artista, o del de realización de su interpretación, no requieren de grandes esfuerzos interpretativos. Ahora bien, los criterios previstos en los precitados apartados c) y d) exigen determinar los supuestos del TRLPI en los que la grabación audiovisual que incorpora la interpretación, o la emisión que la radiodifunde en vivo, *se hallen protegidas [conforme a lo dispuesto en esta Ley]*.

---

<sup>1168</sup> Entendiéndose comprendidos en dicho grupo, a estos efectos y por cuanto se ha expuesto en el anterior epígrafe 4.3, los Estados miembros del EEE.

Para ello es necesario acudir, tal y como nos recuerda la doctrina<sup>1169</sup>, a los arts. 165 y 166 TRLPI. Dichos preceptos, a través de los correspondientes puntos de vinculación, y de manera similar al art. 164 TRLPI, determinan cuando una grabación audiovisual o una emisión de radiodifusión están protegidas en España –y, por tanto, las interpretaciones que puedan incorporar una u otra. Así resulta que aquellas interpretaciones que no cumplan con ningún otro punto de vinculación (por razón de nacionalidad o lugar de residencia del artista, o por razón del lugar de su realización), estarán protegidas en España cuando hayan sido incorporadas a una grabación audiovisual cuyo productor sea ciudadano de [o esté domiciliado en] algún Estado miembro de la EU, o, aún tratándose de productores de terceros países, cuando éstos publiquen en España bien por primera vez o bien dentro de los treinta días siguientes a que lo hayan hecho en otro país las grabaciones en las que se incorporen dichas interpretaciones [art. 164.2, c) TRLPI en relación con el art. 165 TRLPI].

Y, también con independencia de la nacionalidad o lugar de residencia del artista, las interpretaciones en vivo [no fijadas] estarán igualmente protegidas en España cuando se incorporen a una emisión de una entidad de radiodifusión domiciliada en España o en otro Estado de la UE [art. 164.2, d) TRLPI en relación con el art. 166 TRLPI].

Si bien los criterios previstos en los apartados b), c) y d) son tomados de la Convención de Roma (art. 4), el previsto en el apartado a) – criterio de la residencia habitual – lo encontramos por primera vez, siquiera referido a los autores, en el Convenio de Berna, cuyo art. 3.2 establece que *los autores no nacionales de alguno de los países de la Unión, pero que tengan su residencia habitual en alguno de ellos estarán asimilados a los nacionales de dicho país en lo que se refiere a la aplicación del presente Convenio*.

Este criterio, pese a no estar contemplado ni en la Convención de Roma ni en el WPPT, lo adopta el Tratado de Beijing en su art. 3.2, en cuya virtud, *y a los fines de la aplicación del presente Tratado, los artistas intérpretes o ejecutantes que no sean nacionales de una de las Partes Contratantes, pero que tengan su residencia habitual en alguna de ellas, quedarán asimilados a los nacionales de dicha Parte Contratante*.

Como puede observarse, ni el Convenio de Berna ni el Tratado de Beijing establecen expresamente la obligación de dispensar trato nacional a los nacionales de terceros países con

---

<sup>1169</sup> Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *La protección Internacional. Planteamiento del tema. Su regulación en el Derecho español*, I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, pág. 916.

residencia habitual en algún Estado Contratante, sino que optan por equiparlos a los nacionales de dicha Parte Contratante, a los efectos de la aplicación de uno y otro instrumento, lo que significa un mismo efecto práctico: la obligación, siquiera indirecta, de dispensarles trato nacional. Se establecen así dos puntos de vinculación diferentes en cuanto a su formulación (criterio de la nacionalidad y criterio de la residencia habitual), pero con un mismo efecto práctico (trato nacional). Y este mismo esquema es el que sigue el art. 164 TRLPI, al reconocer dicho trato nacional tanto a los artistas nacionales españoles (y de cualquier otro Estado miembro de la UE) en su primer párrafo, como a los artistas nacionales de terceros países, pero con residencia habitual en España, en el primer apartado de su segundo párrafo.

El WPPT (art 3.2), por su parte, equipara a los nacionales de otras Partes Contratantes a los artistas extranjeros *que satisfagan los criterios de elegibilidad de protección* [puntos de vinculación] *previstos en virtud de la Convención de Roma*. Y los puntos de vinculación previstos en el art. 4 de la Convención de Roma no incluyen, como hemos anticipado, el criterio de la residencia habitual en el territorio de otra Parte Contratante.

Efectivamente, tales criterios son los mismos que prevén los apartados b), c) y d) del art. 164.2 TRLPI, a saber: criterio de lugar de interpretación, criterio de la fijación y criterio de la radiodifusión.

Así, conforme al art. 4 de la Convención de Roma, *cada uno de los Estados Contratantes otorgará a los artistas intérpretes o ejecutantes el mismo trato que a sus nacionales* [trato nacional] *siempre que se produzca una de las siguientes condiciones:*

- a) *que la ejecución se realice en otro Estado Contratante* [punto de vinculación equivalente al previsto en el art. 164.2.b) TRLPI].
- b) *Que se haya fijado la interpretación o ejecución sobre un fonograma protegido en virtud del artículo 5* [punto de vinculación equivalente al previsto en el art. 164.2.c) TRLPI, cuyo ámbito se ve ampliado a las interpretaciones fijadas en una grabación protegida conforme al art. 165 TRLPI].

Al remitirse al art. 5 de la Convención de Roma, para vincular la protección dispensada al artista a la que a su vez es dispensada al productor de la fijación, acoge, a su vez, y en esencia, los mismos criterios que el art. 165.1 TRLPI, es decir, el de nacionalidad del

productor [*que el productor sea nacional de otro Estado Contratante*], el de la primera fijación [*que la primera fijación de la interpretación se hubiere efectuado en otro Estado Contratante*], el de la publicación [*que la fijación se hubiere publicado por primera vez en otro Estado Contratante*] y el de la publicación simultánea [*cuando la fijación hubiere sido publicada por primera vez en un Estado no contratante pero lo hubiere sido también, dentro los 30 días subsiguientes, en un Estado contratante*].

Efectivamente, el art. 165.1 TRLPI sigue dichos criterios (sustituyendo el de la primera fijación por el de la residencia habitual) para establecer la vinculación o conexión del productor de la fijación [en nuestro caso, de las obras o grabaciones audiovisuales] con el ordenamiento español: *los productores de (...) obras o grabaciones audiovisuales (...) serán protegidos con arreglo a esta Ley en los siguientes casos: (a) cuando sean ciudadanos españoles o empresas domiciliadas en España, así como cuando sean ciudadanos de otro Estado miembro de la Unión Europea o empresas domiciliadas en otro Estado miembro de la Unión Europea* [criterios de la nacionalidad y de la residencia habitual]; *(b) cuando sean nacionales de terceros países y publiquen en España por primera vez* [criterio de la publicación] *o, dentro de los treinta días siguientes a que lo hayan sido en otro país* [criterio de la publicación simultánea], *las obras mencionadas*<sup>1170</sup>.

- c) *que la ejecución o interpretación no fijada sea radiodifundida en una emisión protegida en virtud del artículo 6* [punto de vinculación equivalente al que prevé el art. 164.2.d) TRLPI].

Del mismo modo que sucede con el anterior punto de vinculación, al remitirse este último al art. 6 de la Convención de Roma, para vincular la suerte del artista a la protección dispensada a la entidad de radiodifusión que emite su interpretación en vivo, acoge los mismos criterios que el art. 166 TRLPI, a saber: el del domicilio de la entidad de radiodifusión [*que el domicilio legal del organismo de radiodifusión esté situado en otro Estado Contratante*], y el del lugar de la emisora [*que la emisión haya sido transmitida desde una emisora situada en el territorio de otro Estado Contratante*] –si bien este último criterio no lo adopta el art. 166 TRLPI de manera expresa, sino por remisión a los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte (art. 166.2 TRLPI).

---

<sup>1170</sup> A este respecto cumple advertir que el legislador español sigue el modelo sentado por la Convención de Roma incluso en cuanto a la posibilidad prevista en su art. 5.3 (de no aplicar el criterio de la publicación o el de la fijación, *mediante notificación depositada en poder del Secretario General de las Naciones Unidas*). Así, conforme al art. 165.1.b) TRLPI *in fine*, *el Gobierno podrá restringir el alcance de este principio* [el de la primera publicación y la publicación simultánea] *en el caso de nacionales de Estados que no protejan suficientemente las obras o publicaciones de españoles en supuestos análogos* –es decir, cuando dichos Estados hayan hecho uso de la precitada reserva, convirtiendo así la obligación de trato nacional en la obligación que resulte de aplicar el criterio de la reciprocidad material.

Y así, efectivamente, el art. 166 TRLPI establece la vinculación de la entidad de radiodifusión con el ordenamiento español sobre la base de su domicilio en España o en otro Estado miembro de la UE (o del EEE), y de cualesquiera otros criterios establecidos en los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte.

#### **4.4.2.- Los criterios de vinculación subsidiarios o residuales del art. 164.3 TRLPI.**

Por último, dispone el art. 164.3 TRLPI que, *en todo caso, los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países gozarán de la protección que corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, estarán equiparados a los artistas intérpretes o ejecutantes españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo.*

Ello significa que para los supuestos no cubiertos por los criterios mencionados en el art. 164.2, tendremos que acudir, por último, a las cláusulas de cierre de los instrumentos internacionales de los que España sea parte y a las reglas de la reciprocidad que contempla en el apartado tercero de dicho precepto. Por tanto, los titulares de interpretaciones audiovisuales que sean nacionales de terceros países ajenos a la UE (o del EEE), una vez puesta de manifiesto la inexistencia de tratados internacionales aplicables, habrá que estar, de acuerdo con el art. 10.4 Cc., a lo que disponga la ley española, es decir, a lo dispuesto en el art. 164.2 TRLPI, fundamentalmente. Y respecto de los casos no cubiertos por ninguno de los apartados del art. 164.2, se deberá comprobar si son o no susceptibles de regirse por la regla basada en la reciprocidad, que el art. 164.3 TRLPI contempla como cláusula de cierre del sistema.

En cuanto a los convenios internacionales de los que España sea parte, es preciso recordar que de los tratados multilaterales administrados por la OMPI y que se hallen en vigor, ninguno regula las interpretaciones audiovisuales, en tanto que el Tratado de Beijing si las regula pero aún no entró en vigor ni ha sido ratificado por España. Cuestión distinta son algunos tratados bilaterales que sí suscribió España con motivo de la promulgación de la LPI de 1879, entre ellos el controvertido Canje de Notas de 1895 con EEUU, a cuyo estudio nos remitimos más adelante. Precisamente, la materia propia de estos instrumentos bilaterales incipientes era el establecimiento de un trato nacional o un determinado nivel de reciprocidad.

Efectivamente, disponía el art. 51 de la LPI de 1879 que *dentro del mes siguiente al de la promulgación de esta ley denunciará el Gobierno los Convenios de propiedad literaria*<sup>1171</sup> *celebrados en Francia*<sup>1172</sup>, *Inglaterra*<sup>1173</sup>, *Bélgica*<sup>1174</sup>, *Cerdeña*<sup>1175</sup>, *Portugal*<sup>1176</sup> *y los Países-Bajos*<sup>1177</sup>, *y procurará en seguida ajustar otros nuevos con cuantas naciones sea posible, en armonía con lo prescrito en esta ley, y con sujeción a las bases siguientes: Primera.- Completa reciprocidad entre las dos partes contratantes. Segunda.- Obligación de tratarse mutuamente como a la nación más favorecida. Tercera.- Todo autor o su derechohabiente que asegure con los requisitos legales su derecho de propiedad en uno de los dos países contratantes, lo tendrá asegurado en el otro sin nuevas formalidades. Cuarta.- Queda prohibida en cada país la impresión, venta, importación y exportación de obras en idiomas o dialectos del otro, como no sea con autorización del propietario de la obra original.*

Y, efectivamente, España y Francia concluyeron el 16 de junio de 1880 un nuevo Convenio de propiedad literaria, científica y artística, que, conforme a su art. 9, reemplazaba al de 15 de noviembre de 1853. El art. 1 de este nuevo convenio disponía que *a partir desde el día en que el presente convenio se ponga en vigor, los autores de obras literarias, científicas, artísticas, o sus derecho-habientes, que justifiquen su derecho de propiedad o de reproducción, total o parcial, en uno de los dos Estados contratantes, conforme a la legislación del mismo, gozarán con esta sola condición, y sin otras formalidades, de los derechos correspondientes en el otro Estado, y*

<sup>1171</sup> Se trata de los Convenios de propiedad literaria celebrados con las potencias extranjeras de conformidad con la Ley de 10 de junio de 1847, *declarando el derecho de propiedad a los autores y a los traductores de obras literarias, y estableciendo las reglas oportunas para su protección*, o Ley de propiedad literaria de Isabel II. Así, conforme a su art. 26, *el Gobierno procurará celebrar tratados o convenios con las potencias extranjeras que se presten a concurrir al mismo fin de impedir recíprocamente que en los respectivos países se publiquen o reimprimen obras escritas en la otra nación sin previo consentimiento de sus autores o legítimos dueños, y con menoscabo de su propiedad.*

<sup>1172</sup> *Convenio de propiedad literaria celebrado entre Francia y España de 15 de noviembre de 1853 (...) ratificado por S.M. el Emperador de los franceses con fecha 20 de diciembre de 1853, y por S.M. Católica en 21 de enero de 1854, y las ratificaciones se canjearon en Madrid en 25 del mismo mes* (Colección legislativa, tomo 61, pág. 100 –Gaceta de 26 de enero de 1854).

<sup>1173</sup> *Convenio de propiedad literaria celebrado entre España y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda (...) S.M. Católica y S.M. Británica han ratificado este convenio; las ratificaciones se canjearon en Madrid el 5 del corriente [septiembre de 1857], y sus estipulaciones tendrán puntual y debida ejecución desde el día 30 de septiembre de 1857* (Colección legislativa, tomo 73, pág. 250 –Gaceta de 29 de septiembre de 1857).

<sup>1174</sup> *Convenio sobre la propiedad de obras literarias y artísticas celebrado entre España y Bélgica (...) se ratificó por S.M. Católica y por S.M. el Rey de los Belgas, y las ratificaciones respectivas se canjearon en Bruselas el día 28 de julio último [1859]. Con arreglo a lo convenido entre los Gobiernos de España y Bélgica, empezará a regir desde el día 1º de septiembre próximo [1859]* (Colección legislativa, tomo 81, pág. 231 –Gaceta de 17 de agosto de 1859).

<sup>1175</sup> *Convenio establecido entre España y Cerdeña para asegurar recíprocamente en dichos Estados el ejercicio del derecho de propiedad literaria y artística (...) ratificado por S.M. Sarda el 22 de marzo último [1860] y por S.M. Católica el 20 de abril siguiente; las ratificaciones respectivas se han canjeado en Turín el 3 de mayo. Las estipulaciones del convenio empezarán a regir el 1º de septiembre del presente año 1860* (Colección legislativa, tomo 83, pág. 408 –Gaceta de 24 de junio de 1860).

<sup>1176</sup> *Convenio celebrado entre España y Portugal para asegurar recíprocamente en ambos Estados el ejercicio del derecho de propiedad literaria y artística, firmado en San Idelfonso el 5 de agosto de 1860 (...) S.M. el Rey de Portugal ratificó este Convenio en 23 de marzo último [1861], y S.M. la Reina de España el 30 del mismo. Las ratificaciones se han intercambiado en Aranjuez el 20 del presente mes de abril* (Colección legislativa, tomo 85, pág. 330 –Gaceta de 22 de abril de 1861).

<sup>1177</sup> *Convenio celebrado entre España y los Países-Bajos para asegurar recíprocamente en dichos Estados el ejercicio del derecho de propiedad literaria y artística, y firmado en el Haya el 31 de diciembre de 1862 (...) ratificado por S.M. Católica el 20 de mayo último [1863], y por S.M. el Rey de los Países-Bajos el 2 de junio siguiente. Las ratificaciones se han intercambiado en Aranjuez el 20 del presente mes de abril. Las ratificaciones respectivas se canjearon en el Haya el 4 del expresado mes de junio* (Gaceta de 20 de septiembre de 1863).



*podrán ejercerlos en él de la misma manera y en las mismas condiciones legales que los nacionales.*

En términos esencialmente idénticos, y siguiendo el dictado del precitado art. 51 de la LPI de 1879, España celebró nuevos convenios con Bélgica (26 de junio de 1880), Italia (28 de junio de 1880), Portugal (9 de agosto de 1880) y Reino Unido (11 de agosto de 1880), a los que pocos años más tarde añadió los convenios suscritos con El Salvador (23 de junio de 1884), Colombia (28 de noviembre de 1885), y, por supuesto, el controvertido convenio con EEUU de 1885, y sobre el que volveremos más adelante.

Sobre la naturaleza y alcance de estos convenios bilaterales o, con mayor precisión, sobre su efecto práctico, merece citar al autor decimonónico ANSORERA<sup>1178</sup>, que en su Tratado de Propiedad Intelectual de 1894 lamenta profundamente la ausencia de instrumentos similares con la gran mayoría de países de habla hispana: “Una cosa hemos de lamentar. Declaradas independientes las Repúblicas americanas, y autorizado el Gobierno español, por decreto de las Cortes de 4 de diciembre de 1836, para que pudiese concluir tratados de paz y amistad con las mismas sobre la base del reconocimiento de dicha independencia y renuncia de todo derecho territorial o de soberanía por parte de la antigua metrópoli; y teniendo, por otra parte, en cuenta la importancia que dichas Repúblicas han adquirido, así como la gran aceptación que en ellas tienen los libros españoles, parecía que nuestro Gobierno había de procurar por todos los medios posibles celebrar tratados de propiedad literaria con dichas Repúblicas; y sin embargo, en la actualidad España no tiene con ellas celebrados más tratados de esta naturaleza que el de Colombia y el de San Salvador; cosa de lamentar por los innumerables perjuicios que de esta falta se origina a los autores españoles y a nuestro comercio de libros. La razón de estos perjuicios es sencilla: el alto precio que actualmente ha adquirido el oro en esas Repúblicas ha hecho disminuir notablemente los pedidos de libros, encontrando más fácil y barato la reimpresión en dichos países de aquellas obras cuya importancia asegura allí una fácil venta. Innumerables casos de esta naturaleza pudiéramos citar, y la única manera de evitarlos y dar ánimos a nuestros autores y prosperidad al comercio de libros, es del de celebrar tratados de propiedad literaria con tales Repúblicas. Tratándose de otras naciones que produjeran obras importantes, tendríamos el derecho de las represalias, reproduciéndolas en España si ellas reproducían las nuestras; pero desgraciadamente, con América ni esa triste compensación tenemos por lo que poco que allí se publica. No se nos ocultan las dificultades con que nuestro

---

<sup>1178</sup> ANSORENA, Luis, *Tratado de Propiedad Intelectual en España*, Ed. Sáenz de Jubera Hermanos, Madrid, 1894, págs. 243-245.

Gobierno habría de tropezar para concluir tales tratados; pero es este asunto digno de preocuparle en alto grado por las grandes ventajas que habría de reportarnos, y porque realmente, hoy en día, los tratados de propiedad literaria más importantes para España serían sin duda los que se celebrasen con las Repúblicas americanas”.

Por último, y por lo que respecta al criterio de la reciprocidad, en cuanto que auténtica regla de cierre subsidiaria, la doctrina no es unánime sobre si ésta ha de establecerse como una equiparación material, esto es, derecho a derecho, según cuál sea el que se reclame, o como una equiparación formal, es decir, como una ausencia de discriminación en materia de propiedad intelectual respecto de los españoles en el país de que se trate, sin necesidad de que el nivel, características o alcance de la protección sean equivalentes.

Una parte de la doctrina se ha decantado por la primera de las opciones, sobre todo a partir del argumento (extraído de la regulación en materia de autores) de que, de lo contrario, se llegaría al resultado paradójico de que el legislador estaría otorgando una mayor protección a los extranjeros sin vinculación estrecha con España, en virtud del art. 164.2, *que a aquéllos respecto de quienes sólo se habilita al Gobierno para que restrinja sus derechos*<sup>1179</sup>. Doctrina que, a la vista de pronunciamientos judiciales más recientes, estaría superada, al decantarse estos últimos por el criterio de reciprocidad formal, como seguidamente veremos.

En todo caso, se ha de partir de la interpretación a favor de una amplia protección conferida por el actual art. 164 TRLPI, tal y como argumenta nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de septiembre de 2010. Efectivamente, el alto Tribunal destaca que el vigente art. 164 TRLPI no tiene por objeto limitar al máximo la protección en España de las actuaciones de artistas de terceros Estados, ni que su criterio general sea la excepcionalidad de la protección al artista extranjero. En sentido contrario, la Sala argumenta que si el primer apartado de dicho artículo protege incondicionalmente a los artistas intérpretes o ejecutantes que sean nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y las letras a) y b) de su apartado 2 extienden la protección de la ley española, también incondicionalmente, a los artistas, intérpretes o ejecutantes de terceros países, sin distinción, cuando tengan su residencia habitual en España o cuando la interpretación o ejecución se efectúe en territorio español, resulta que las letras c) y d) del mismo apartado amplían aún más la protección al otorgarla cuando la interpretación o ejecución sea grabada en un fonograma o en un soporte audiovisual protegidos conforme a lo

---

<sup>1179</sup> GUZMÁN ZAPATER, Mónica, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo V, Vol. 4º-B, Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual, dirigidos por Albadalejo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia, Edersa, 1995, pág. 1057.

dispuesto en el TRLPI y cuando la interpretación o ejecución, aunque no haya sido grabada, se incorpore a una emisión de radiodifusión protegida conforme a lo dispuesto en esta Ley. Así las cosas, concluye el Tribunal Supremo, la alusión a los Convenios y Tratados internacionales y al principio de reciprocidad en el apartado 3 del mismo artículo, para aplicarlos “en todo caso”, debe interpretarse más como un cierre a cualquier resquicio que permita eludirlos, amparándose en el apartado 2, que como regla general de excepcionalidad propugnada en el motivo.

En el caso concreto de las interpretaciones audiovisuales resulta especialmente reveladora la posición de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), que en su Sentencia de 9 de junio de 2011 declaró que la reciprocidad prevista en el art. 164.3 TRLPI es formal, conclusión que alcanzó la Sala tras analizar los distintos argumentos a favor y en contra de una y otra concepción (formal o material) de la reciprocidad.

A favor de la reciprocidad formal entiende la Sala que se alzan al menos cinco argumentos, siendo el primero de ellos que la propia literalidad de la norma, al referirse a la *equiparación* [entre titulares españoles y nacionales de terceros países], conduce a concluir que “la LPI considera de manera igual a los [titulares] extranjeros –no comunitarios– y a los españoles cuando éstos sean considerados iguales a los nacionales en el país respectivo. No lo supedita a que la protección dispensada en el otro país se corresponda de manera exacta o equivalente con la conferida en España. Atiende a la equiparación, no discriminación, trato nacional”.

Además, y en segundo lugar, recuerda la Sala que cuando el legislador ha pretendido que la reciprocidad sea material, así lo ha hecho constar, facultando al Gobierno expresamente para que restrinja el alcance de determinados puntos de conexión o vinculación (como por ejemplo el criterio de publicación) *en el caso de extranjeros que sean nacionales de Estados que no protejan suficientemente las obras de autores españoles en supuestos análogos* (arts. 163.1.b y 165.1.b TRLPI), o en relación con el derecho de remuneración reconocido a los autores de obras audiovisuales en el art. 90, apartados 3 y 4, TRLPI, para determinar que las cantidades satisfechas por los usuarios por este concepto y por la explotación de obras de autores que sean nacionales de Estados *que no garanticen un derecho equivalente a los autores españoles* sean destinadas a los fines de interés cultural que se establezcan reglamentariamente.

El tercer argumento lo encuentra la Sala en los comentarios de AMORES CONRADI y HEREDIA CERVANTES al TRLPI<sup>1180</sup>, reflejados igualmente en otra Sentencia (en este caso de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 11 de marzo de 2011). Así, conforme a dichos autores, “la reciprocidad material cumple una función de retorsión: se penaliza a los particulares por el comportamiento de sus Estados”, señalando dichos autores que “el fin último de la reciprocidad material consiste en alcanzar una regulación universal de los derechos de propiedad intelectual que sea idéntica a los parámetros de protección del Estado que la aplica (...) En cambio, la reciprocidad formal no impone un comportamiento determinado al otro Estado, sino únicamente que trate a los españoles como trata a sus nacionales. Si se hiciera depender la protección al autor extranjero de que en su país de origen se dé a los españoles un trato equivalente al que reciben estos mismos españoles en España, lo que en el fondo se estaría postulando no es ya que exista un Derecho Mundial Uniforme de propiedad intelectual, sino que éste, además, coincida con el propio (...)”.

Además, y como cuarto argumento, dice la Sala que la tesis de la reciprocidad material sería contradictoria con la norma de conflicto contenida en el art. 10.4 Cc, toda vez que los derechos del sujeto interesado no se protegerían en España conforme a la ley española, sino conforme la ley del país de origen – pues el alcance de ésta determinaría el de aquélla.

Y, por último, la Sala cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1985, en torno el art. 7 de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964, que reconocía a los extranjeros los beneficios en ella establecidos, *siempre que prueben la existencia del principio de reciprocidad en los países respectivos*. A este respecto el Tribunal Supremo vino a distinguir entre reciprocidad “diplomática”, si existía tratado, convenio o simple canje de notas, o “legislativa”, si legalmente se establecía “la igualdad, sin discriminación, entre nacionales y extranjeros, bien en leyes de carácter general –al no existir legislación especial de arrendamiento inmobiliario – o bien en la Ley especial caso de existir, pero siempre, sin necesidad de que comprenda la hipótesis concreta, que aquí sería el beneficio de la prórroga cuestionado”. A este respecto concluye la Sala que “con apoyo en abundante jurisprudencia (...) el TS se inclinaba por el principio de la reciprocidad formal”, que es el que sanciona, según la Sala, el TRLPI, pues al “supeditar la protección a la *equiparación* de los [titulares] españoles a los nacionales en el país respectivo, remite a la reciprocidad formal más claramente que la norma de la antigua LAU, alusiva sólo a la existencia del *principio de reciprocidad* en los países respectivos”.

---

<sup>1180</sup> AMORES CONRADI, Miguel Ángel y HEREDIA CERVANTES, Iván, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, óp. cit., págs. 2170 - 2172.

Por su parte, son tres los argumentos que encuentra la Sala a favor de la reciprocidad material, siendo el primero de ellos que el régimen de reciprocidad regulado en el TRLPI encuentra su antecedente más inmediato en la Ley alemana de 1965 –*Urheberrechtsgesetz* (UrhG), que reconocía a los autores extranjeros protección sobre sus obras, cuando sus respectivas legislaciones nacionales reconocieran a los autores alemanes una *protección análoga para sus propias obras*. Ahora bien, según la Sala, el TRLPI se pronuncia en términos muy distintos, al establecer que los titulares extranjeros estarán equiparados a los españoles cuando éstos, a su vez, lo estén a los nacionales en el país respectivo, concluyendo que el régimen previsto en el TRLPI “no se refiere a las obras ni a la protección correspondiente o equivalente, sino a la equiparación de los sujetos: trato nacional”.

El segundo argumento lo encuentra la Sala en la reiteración de la cláusula de reciprocidad en los arts. 163 a 165 TRLPI, lo que “podría interpretarse en el sentido de que el legislador distingue una reciprocidad derecho a derecho [material]”. Sin embargo, la propia Sala descarta esta tesis, pues “también cabe entender que se limita [el legislador] a reproducir la sistemática de los libros I y II de la LPI, para abordar de manera paralela, por razones sistemáticas o de claridad, el ámbito de aplicación de los diferentes derechos de propiedad intelectual”.

Y, el tercer argumento a favor de la reciprocidad material vendría dado por el contraste con los arts. 163.1.b) y 165.1.b) TRLPI, que facultan al Gobierno, como hemos dicho, para limitar el alcance de los puntos de conexión previstos en tales preceptos cuando la protección dispensada a los titulares españoles por la legislación de los países correspondientes no sea suficiente. En este sentido, y tal y como señala la Sala, se ha dicho que resultaría paradójico aplicar en estos casos, en los que, al fin y al cabo, existe cierto nivel de vinculación, un criterio más restrictivo que el de la reciprocidad (previsto, con carácter residual, para aquellas situaciones en las que no concurre punto alguno de vinculación). A este respecto, la Sala cita la precitada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de marzo de 2011: “no nos parece consistente sostener que la interpretación correcta de la norma es aquella que evita esa consecuencia colateral cuando el sentido gramatical y la ubicación sistemática nos indican todo lo contrario”.

Puestos en balanza los precitados argumentos, a favor de una y otra concepción del criterio de reciprocidad, la Sala concluye afirmando que la prevista en el TRLPI es formal, en el sentido de que la exigencia es de equiparación en el trato dispensado a los españoles –o la no discriminación de éstos en relación con los propios nacionales del país en cuestión.

## 5.- ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN EN ESPAÑA DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES FIJADAS BAJO CONVENIO DE EEUU.

### 5.1.- Planteamiento general del problema.

Por su trascendencia doctrinal, económica y pragmática, amén de ser fuente inagotable de conflictos jurídicos, la cuestión de la protección de las interpretaciones audiovisuales estadounidenses en España merece un análisis profundo, independiente y definitivo.

La concurrencia del *Copyright* y del Derecho de Autor en el mercado de los contenidos audiovisuales es manifiesta desde la irrupción del cine como fenómeno cultural de masas y su internacionalización en un contexto de hegemonía absoluta de la cinematografía de EEUU en todo el planeta. La reiterada pregunta se orienta, con matices, sobre la cuestión principal de si las interpretaciones audiovisuales fijadas en un obra cinematográfica o audiovisual estadounidense y, por tanto, producidas bajo un régimen jurídico diferente al de Derecho de Autor que rige en España, gozan de la misma protección que nuestro TRLPI dispensa a tales prestaciones artísticas cuando son realizadas por actores nacionales o comunitarios.

Para dar cumplida respuesta a tal cuestión, y sin perjuicio del mayor análisis que se realizará más adelante a este respecto<sup>1181</sup>, conviene empezar por recordar las bases del sistema del *Copyright* estadounidense en relación con las obras audiovisuales y las interpretaciones que las integran:

- a) Los actores, aún cuando tienen atribuida la condición de coautores de la obra audiovisual como obra conjunta (o *joint work*), no disfrutan de protección al amparo de la Ley estadounidense de Derecho de Autor o *Copyright Act* (en lo sucesivo, CA).
- b) Efectivamente, dispone la Sección 201(b) del CA que las obras audiovisuales son obras “realizadas por encargo” (*works made for hire*), de tal suerte que, conforme al mismo precepto, el *copyright* sobre las mismas es atribuido inicialmente a su productor.

---

<sup>1181</sup> Vid. epígrafe 2 del Capítulo IX.

- c) Configurado el *copyright* sobre una obra como el conjunto de facultades que confieren a su titular la plena disposición de la misma y el derecho exclusivo a explotarla (Sección 106 del CA), corresponde al productor de la obra audiovisual, en cuanto que titular del *copyright* sobre la misma, no sólo el derecho exclusivo de autorizar cualesquiera actos de explotación, sino además el de recibir todo rendimiento derivado de una posible licencia legal –el similar al que conocemos en el sistema continental.
- d) La protección de los intereses económicos del actor sobre su interpretación viene dada por su capacidad negociadora con el productor de la obra audiovisual. En el mercado estadounidense ese poder de negociación tiene carácter colectivo, y se manifiesta, en el caso de los actores, a través de los convenios celebrados por su sindicato, Screen Actors Guild – American Federation of Television and Radio Artists (SAG-AFTRA), con las distintas asociaciones de productores. Entre las distintas condiciones [laborales] llamadas a regir la relación de empleo entre el actor y el productor estadounidense –salario mínimo, horarios, seguridad, higiene, desplazamientos, etc.–, tales convenios prevén el derecho de los actores a recibir pagos adicionales a su salario (*pagos residuales*) con ocasión de ciertos usos o actos de explotación de la obra<sup>1182</sup>.
- e) Tales convenios colectivos, suscritos entre el sindicato de actores SAG-AFTRA y la patronal de los productores (la Alianza de Productores Cinematográficos y de Televisión, AMPTP por sus siglas inglesas) devienen en ley entre las partes, hasta tal punto que en las producciones audiovisuales estadounidenses, y a los efectos de poder determinar el nivel de protección de los actores, lo importante no es bajo qué ley se ha desarrollado sino bajo qué convenio colectivo.
- f) De esta forma, tales convenios colectivos otorgan a los actores estadounidenses, siquiera contractualmente, una protección jurídica (referida a sus intereses económicos) esencialmente idéntica a la que tienen reconocidos los actores en otros países en los que, como en España, rige un sistema de Derecho de autor. La principal diferencia entre ambos viene dada por la fuente de tales derechos, legal o contractual.

---

<sup>1182</sup> El sindicato estadounidense de artistas SAG-AFTRA define en su página Web estos pagos residuales como *una compensación pagada a los artistas por el uso de una obra cinematográfica o programa de televisión más allá de los usos cubiertos por la compensación inicial [el salario]. Para los trabajos de televisión, los residuals comienzan cuando el programa se repite o se publica en video/DVD, televisión de pago, cable básico o nuevos medios. Para trabajos cinematográficos, los residuals comienzan cuando la película aparece en video/DVD, cable básico y televisión libre o de pago, o nuevos medios* - <http://www.sagaftra.org/content/residuals-faq>

- g) Esta diferencia determina, por su parte, que los derechos económicos del actor en uno y otro sistema no revistan la misma naturaleza, ni gocen del mismo ámbito de aplicación. Así, mientras en los derechos reconocidos a los actores en los convenios colectivos estadounidenses no son, *stricto sensu*, de propiedad intelectual (no son derechos del autor, ni conexos, afines o vecinos a los derechos del autor), sino laborales o contractuales, y su ámbito está limitado a los actores específicamente cubiertos por tales convenios –aquellos actores que presten sus servicios al amparo de alguno de tales convenios. Este sistema no admite, pues, el reconocimiento de un nivel de protección similar a cualesquiera artistas, nacionales o extranjeros, que no presten sus servicios bajo un convenio colectivo negociado y administrado por SAG-AFTRA (sí podrían éstos, sin embargo, beneficiarse de los posibles rendimientos derivados de las licencias legales o límites impuestos por el CA al *copyright* sobre las obras audiovisuales, al menos en la medida en que conforme a la Ley que rige el correspondiente contrato de producción ese *copyright* permanece en la esfera del actor).
- h) El CA no reconoce derecho moral alguno, debiendo los actores (y demás titulares de derechos) acudir a figuras jurídicas ajenas al ámbito del derecho de autor para proteger sus intereses personales sobre sus interpretaciones.

Así pues, teniendo en consideración los anteriores aspectos básicos del régimen de protección de las interpretaciones audiovisuales en los EEUU, estaremos en condiciones de abordar el delicado y controvertido asunto de su protección en España. Y a tal fin hemos de traer a colación, asimismo, otras premisas ya expuestas tales como que: (1) el Tratado de Beijing aplicable aún no está en vigor, ni tampoco ratificado por España ni por EEUU; por lo que, (2) más allá de los criterios del art. 164.2 TRLPI, tendremos que indagar por la vía del art. 164.3 TRLPI la existencia de algún tratado bilateral suscrito entre España y EEUU, o, en su defecto, la posibilidad de aplicar el régimen de reciprocidad, que pueda amparar la protección de los artistas audiovisuales. Y esto último, claro es, con el propósito de ampliar la limitada cobertura que brinda directamente el mentado art. 164.2 TRLPI, de acuerdo con el art. 10.4 Cc.

En el caso de las interpretaciones audiovisuales fijadas en EEUU o por artistas nacionales de este país, resulta ineludible abordar una cuestión, no exenta de controversia a nivel doctrinal, sobre la que finalmente se han pronunciado diversas resoluciones judiciales. Nos referimos a la consideración como tratado internacional del Canje de Notas suscrito entre España y EEUU de 1895, así como a las consecuencias que, de cara a la protección de los artistas de EEUU, se derivan de la conclusión por la que se opte. Negar la aplicabilidad del Canje de Notas, sea como



tratado internacional o mera declaración de reciprocidad –como ha argumentado un importante sector doctrinal– conlleva que habrá que estar a los criterios de protección del art. 164.2 TRLPI y respecto de los casos no cubiertos por ninguno de los apartados del art. 164.2 TRLPI se deberá comprobar si son o no susceptibles de regirse por la regla basada en la reciprocidad, que el art. 164.3 TRLPI contempla como cláusula de cierre del sistema. En cambio, son varias las resoluciones judiciales que se han decantado por una interpretación contraria, esto es, en *pro* de la consideración del aludido Canje de Notas como un tratado internacional.

Por tanto y a modo de planteamiento general de la cuestión, sobre todo a lo que su naturaleza, contenido y alcance se refieren, el tratamiento doctrinal del Canje de Notas ha dado lugar a dos posiciones.

Para un sector dicho instrumento no es un tratado internacional o, con mayor precisión, no contiene un auténtico tratado, al limitarse a certificar una mera reciprocidad legislativa. Según esta corriente, y como veremos más adelante, la Nota española se limita a certificar un hecho, a saber: que los ciudadanos estadounidenses disfrutaran en España de los derechos de propiedad intelectual reconocidos por la ley española, sin que ello esté condicionado al reconocimiento de tales derechos a los ciudadanos estadounidenses – en otras palabras: el Canje de Notas de 1895 carecería del contenido sinalagmático propio de un convenio internacional.

Sin embargo, y por el contrario, para otro sector doctrinal el Canje de Notas sí es un tratado internacional, toda vez que cumple con todos los requisitos establecidos a tal efecto por el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>1183</sup>. Así, conforme a este sector, dicho instrumento es un “acuerdo”, del que se deduce un claro contenido sinalagmático, a saber: la concesión de recíprocos derechos de propiedad intelectual, apreciándose así todos los elementos exigidos por el Convenio de Viena, incluidos tanto los de su definición de “tratado” (art. 2.1.a<sup>1184</sup>), como los relativos a las formas de manifestación del consentimiento (arts. 11<sup>1185</sup> y 13<sup>1186</sup>) –un acuerdo regido por el Derecho internacional, que consta en los instrumentos

---

<sup>1183</sup> Al que España se adhirió mediante instrumento de 2 de mayo de 1972.

<sup>1184</sup> *Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.*

<sup>1185</sup> *El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado puede manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.*

<sup>1186</sup> *El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestará mediante este canje:*

*a) Cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o*

*b) Cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.*

canjeados (las notas) que, a su vez, manifiestan el consentimiento de ambos Estados en obligarse.

Nos inclinamos por esta segunda postura, no sin confesar la serias dudas que la misma nos sugería en los primeros análisis del tema. Después de dos décadas de controversias en torno a dicha cuestión, tanto la evolución de la doctrina científica como la jurisprudencia menor que fue emanando inclinó la balanza hacia esta segunda posición, ya mayoritaria, de considerar que el Canje de Notas es un instrumento eficaz para sostener un tratamiento recíproco y sin discriminación de los titulares de las interpretaciones audiovisuales y demás obras estadounidenses, siquiera por la vía de la reciprocidad formal, que es la menos exigente.

## **5.2.- Naturaleza y alcance del Canje de Notas de 1895.**

A este respecto, y si bien ya hemos advertido que la aplicación del Canje de Notas entre España y los EEUU ha sido tradicionalmente objeto de discusión, en tanto que su alcance, interpretación y efectos no era pacífica desde un punto de vista doctrinal, lo cierto es que los recientes, y coincidentes, pronunciamientos de las Audiencias Provinciales de Madrid y Barcelona<sup>1187</sup> obligan, siquiera como ejercicio de prudencia, a replantearse la interpretación jurídica que, en este contexto, ha de prevalecer. Y ello porque en las sentencias aludidas se parte de la premisa fundamental de que, efectivamente, el Canje de notas de 1895 “debe incluirse entre los convenios y tratados internacionales de los que España es parte”.

Al objeto de profundizar, siquiera brevemente, sobre esta cuestión, se ha de traer a colación en primer lugar el contenido de las Notas canjeadas o intercambiadas entre los gobiernos de ambos países. Así, en su Nota de 6 de julio de 1895 el Gobierno de España hace constar que “los ciudadanos americanos [*sic.*] disfrutaban en España, y sus provincias y posesiones de ultramar, en todo lo concerniente a propiedad artística y literaria, de los mismos derechos que los súbditos españoles”, a lo que el Secretario de Estado de los Estados Unidos contesta el 15 de julio de

---

<sup>1187</sup> Con anterioridad a las precitadas sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid, Sección 28, de 11 y 17 de marzo de 2011 [asuntos AIE - Palafox, S.A. y AIE-UGC Iberia, S.A. respectivamente] y de Barcelona, Sección 15, de 9 de junio de 2011 [asunto AIE – CINESA, S.A.], la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª), en su Sentencia de 28 diciembre de 2005 [asunto Sony Music Entertainment España, S.A. – Star Records, S.L. y Unidad Editorial, S.A.] ya había reconocido la vigencia y aplicabilidad del Canje de Notas en relación con la protección de los productores de fonogramas. En esta línea se han pronunciado también los tribunales en primera instancia, *v.gr.*, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid, de 8 de marzo de 2010 [Juicio Ordinario N° 254/2009, asunto AIE - Cines Renoir S.A.], Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, de 6 de mayo de 2010 [Juicio ordinario 142/09, asunto AISGE- Yelmo Films, S.L.], Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Córdoba, de 25 de junio de 2012 [Juicio ordinario 391/09, asunto AISGE- Cinesur Circuito Sánchez Ramade, S.L.].

1895 con la Proclama del Presidente Cleveland, “concediendo a los súbditos españoles en dicho asunto las ventajas acordadas por el Acta del Congreso de 3 de marzo de 1891”.

En el Acta de 3 de marzo de 1891, también conocida como “Ley Internacional” (o *International Act*), citada por el Presidente norteamericano en su Proclama, el Congreso de aquel país vino a reformar su Ley Federal de Derecho de Autor (*Copyright Act*), posibilitando la aplicación de la misma a los autores extranjeros no residentes –que hasta 1891 se veían privados de protección en los Estados Unidos. La protección que dicha ley de 1891 preveía con respecto a los autores extranjeros se basaba en la cláusula de reciprocidad prevista en su art. 13: *esta ley no se aplicará a los ciudadanos o súbditos de un Estado o de una Nación extranjera más que cuando ese Estado o esa Nación acuerden para los ciudadanos de los Estados Unidos de América los beneficios de la protección de los derechos de autor sobre una base que sea substancialmente igual a la que se aplique a sus propios ciudadanos; o cuando ese Estado o Nación extranjera sea parte contratante de un Convenio Internacional que restablezca la reciprocidad con respecto a la garantía de los derechos de autor y que contenga disposiciones permitiendo a los Estados Unidos de América el que se adhieran al mismo en cualquier momento. La existencia de cada una de estas condiciones será determinada por el Presidente de los Estados Unidos, el cual hará las proclamaciones al paso y a medida que la aplicación de la presente Ley lo haga necesario.*

Cláusula de reciprocidad sustancialmente idéntica a la prevista en el art. 50 de la LPI española de 10 de enero de 1879: *los naturales de Estados cuya legislación reconozca a los españoles el derecho de propiedad intelectual en los términos que establece esta ley, gozarán en España de los derechos que la misma concede, sin necesidad de Tratado ni de gestión diplomática, mediante la acción privada, deducida ante Juez competente.*

Ratifica entonces nuestra tesis de que el Canje de Notas es un tratado internacional el hecho de que cuando el Ministro Plenipotenciario español presentó su Nota ante el Gobierno de los EEUU no existía en la legislación española una norma que dispensara protección expresa a los titulares estadounidenses de derechos, sino una cláusula de reciprocidad que exigía el reconocimiento previo de derechos a los ciudadanos españoles –o, en su defecto, un *Tratado o gestión diplomática*. Esto es, la Nota española no fue una mera declaración de una circunstancia jurídica preexistente en España, sino la notificación de la decisión española (o manifestación de su consentimiento) de dispensar *a los ciudadanos americanos, en todo lo concerniente a propiedad artística y literaria, de los mismos derechos que los súbditos españoles*, al objeto de poder

aplicar el régimen previsto en el art. 50 LPI. La asunción de obligaciones de esta naturaleza por uno y otro país es lo que convierte, en definitiva, al Canje de Notas, en un Tratado Internacional, y no en una mera “gestión diplomática” –tal cual habría sido el caso si la Ley española ya viniera protegiendo a los titulares estadounidenses, de tal suerte que la “gestión” del Plenipotenciario español habría sido notificar esta circunstancia a su contraparte en los EEUU a fin de propiciar al necesaria Proclama presidencial.

La naturaleza obligacional de dicho Canje es reiterada, además, con ocasión de su restablecimiento, tras la guerra Hispano-estadounidense<sup>1188</sup>, o guerra de Cuba, de 1898, mediante nuevo Canje de Notas de 29 de enero, 18 de noviembre y 26 de noviembre de 1902 entre España y los EUU, “restableciendo el Acuerdo de 6 y 15 de julio de 1895, que concede recíprocos derechos de propiedad intelectual, artística y literaria a los súbditos y ciudadanos de ambos países”<sup>1189</sup>.

Efectivamente, en su Nota de 29 de enero de 1902<sup>1190</sup>, el Ministro Plenipotenciario de los EEUU invita al Gobierno español a “restablecer el acuerdo pactado entre los Estados Unidos y España respecto a la reciprocidad de los derechos de propiedad literaria”, y ello habida cuenta que la suspensión de los efectos de dicho acuerdo (“el privilegio recíproco”) persistía en 1902, pese a la firma del Tratado de París en 1898 para la terminación de la guerra entre ambas potencias.

En su Nota de respuesta, de 18 de noviembre de 1902<sup>1191</sup>, el Gobierno Español comunica al Ministro Plenipotenciario estadounidense la decisión del Rey de España de restablecer “el

---

<sup>1188</sup> Nótese que el Real Decreto de 25 de abril de 1898, donde se incorporaba la declaración de guerra a los Estados Unidos, dejó sin efecto a éste y a todos los demás compromisos de distinto rango asumidos por ambas potencias con anterioridad a su confrontación armada.

<sup>1189</sup> Gaceta de Madrid núm. 341, de 7 de diciembre de 1902.

<sup>1190</sup> *El Ministro Plenipotenciario de los Estados Unidos de América al señor Ministro de Estado. Madrid, 29 de enero de 1902.*

*Excmo. Sr.: Tengo el honor de exponer a V.E. la manera de ver de mi Gobierno acerca de la conveniencia o necesidad de restablecer el acuerdo pactado entre los Estados Unidos y España respecto a reciprocidad de los derechos de propiedad literaria que dio origen a la Proclama del Presidente de los Estados Unidos de América de 10 de julio de 1895.*

*Con las necesarias instrucciones a este fin, puedo manifestar a V.E. y al Gobierno que tan dignamente representa que, a pesar de haberse suspendido el privilegio recíproco sobre el derecho de la propiedad literaria entre los dos países durante un periodo de tiempo anterior al Tratado de París, no ha sido, sin embargo, revocada ni modificada en parte alguna la referida Proclama del Presidente de los Estados Unidos.*

*He recibido igualmente instrucciones para llamar la atención de V.E. sobre el hecho de que en virtud de órdenes del “Attorney General” de los Estados Unidos (Ministro de la Justicia), desde el 11 de abril de 1899 han vuelto a inscribirse en el Registro los títulos de las obras pertenecientes a súbditos españoles ante la Autoridad competente, que lo es el Bibliotecario del Congreso.*

*De ello se desprende, en opinión de mi Gobierno, que bastaría un canje de Notas y una declaración por parte del Gobierno de Su Majestad igual a la de 6 de julio de 1895 para restablecer recíprocamente y en absoluto los efectos del Convenio referente a la propiedad literaria, como existió desde 10 de julio de 1895 a 21 de abril de 1898.*

*Si V.E. se halla de acuerdo en apreciarlo así, mi Gobierno está dispuesto a autorizarme para llevar a efecto lo expresado en la forma antes citada.*

*Aprovecho la ocasión para reiterar a V.E. las seguridades de mi alta consideración.- Firmado, Bellamy Storer.*

<sup>1191</sup> *El Ministro de Estado al señor Ministro Plenipotenciario de los Estados Unidos de América.*

*Madrid, 18 de noviembre de 1902.*

*Excmo. Sr.:*

mencionado Acuerdo entre España y los Estados Unidos, firmado en Washington a 6 y 15 de julio de 1895, concediendo recíprocos derechos de propiedad intelectual”, y ello tan pronto como el Gobierno de los EEUU manifestara su conformidad [o consentimiento] a este respecto.

Y así, mediante Nota de 26 de noviembre de 1902<sup>1192</sup>, el Ministro Plenipotenciario de EEUU pone en conocimiento del Gobierno español que su anterior Nota de 18 de noviembre, “a juicio del Gobierno de los Estados Unidos, restablece y pone otra vez en todo vigor el Acuerdo de Washington antes referido”.

Resulta entonces evidente el contenido sinalagmático del Canje de Notas, propio de un tratado internacional. Efectivamente, a través de dicho instrumento ambas Partes Contratantes asumieron a partir de 1895 la obligación recíproca y genuina de dispensar trato nacional a los ciudadanos de la otra Parte, obligación que resolvió España en 1898 y que ambas partes restablecieron en 1902.

Y es que el nuevo Canje de Notas de 1902 pone de relieve que el anterior de 1895 no se limitó, ni mucho menos, a certificar la existencia de una suerte de reciprocidad legislativa previa, toda vez que dicha circunstancia jurídica habría subsistido a la guerra entre ambos países, al menos en la medida en que ninguno de ellos reformó su legislación en materia de propiedad intelectual con ocasión del conflicto armado. Sí consta, sin embargo, que España, en su declaración de guerra a

---

*Muy señor mío: He recibido a su debido tiempo la atenta Nota de V.E. de 29 de enero último, en la que me expresa el deseo de su Gobierno de restablecer el Acuerdo entre España y los Estados Unidos firmado en Washington el 6 y 15 de julio de 1895, que concedió recíprocos derechos de propiedad intelectual, literaria y artística, y que dio origen a la Proclama del Presidente de dicha República del día 10 del mismo mes, y vino haciendo extensivas a España las disposiciones de la Sección 13 del Acta del Congreso de 3 de marzo de 1891 relativas a esta materia.*

*Me he enterado, a propio tiempo, por el contenido de dicha Nota, de que, aún cuando durante determinado tiempo, con anterioridad al Tratado de París de 1898, se suspendió en los Estados Unidos la inscripción en el Registro correspondiente de los derechos de propiedad por este concepto, entre ambos países, la mencionada Proclama del Presidente de la República no ha sido revocada ni modificada, y asimismo de que, con la anuencia del Attorney General, han principiado nuevamente a verificarse las inscripciones ante las Autoridades competentes de Washington, desde el 11 de abril de 1899.*

*En vista de lo expuesto, tengo la honra de poner en conocimiento de V.E., que Su Majestad el Rey, mi Augusto Soberano, se ha dignado disponer que quede restablecido y revocado en todo su vigor el mencionado Acuerdo entre España y los Estados Unidos, firmado en Washington a 6 y 15 de julio de 1895, concediendo recíprocos derechos de propiedad intelectual, artística y literaria, tan pronto como V.E., a acusar recibo a la presente Nota, declare, en nombre de su Gobierno, hallarse recíprocamente de conformidad con su contenido.*

*Aprovecho esta ocasión para reiterar a V.E. las seguridades de mi alta consideración.- Firmado, Almodóvar del Río.*

<sup>1192</sup> El Ministro Plenipotenciario de los Estados Unidos al señor Ministro de Estado.

Madrid, 26 de noviembre de 1902.

*Excmo. Sr.: Tengo el honor de acusar a V.E. el recibo de su atenta Nota de 18 de noviembre de 1902, por la que me informa que Su Majestad el Rey se ha servido ordenar que el Acuerdo entre España y los Estados Unidos, firmado en Washington el 6 y 15 de julio de 1895, garantizando recíprocamente el privilegio en la propiedad literaria, sea restablecido y puesto en vigor tan pronto como me halle yo autorizado a declarar que por su parte el Gobierno de los Estados Unidos está de acuerdo en reconocerlo así. Me es muy grato, en nombre del Gobierno de los Estados Unidos, asegurar a V.E. que el contenido de su ya citada Nota, tomando en consideración y refiriéndose, como en aquélla se hace, a la mía anterior, fechada el 29 de enero de 1902, a juicio del Gobierno de los Estados Unidos, restablece y pone otra vez en todo vigor el Acuerdo de Washington antes referido.*

*Aprovecho la oportunidad para reiterar a V.E. las seguridades de mi alta consideración.- Firmado, Bellamy Storer.*

los EEUU<sup>1193</sup>, dejó expresamente sin efecto, entre otros compromisos, el citado Canje de Notas, suspendiendo con ello la protección dispensada en España a los titulares estadounidenses.

Las Audiencias Provinciales de Madrid y Barcelona, en sus precitadas sentencias, alcanzan idéntica conclusión y, sobre la base de considerar el Canje de Notas como un genuino tratado internacional, razonan ambas acerca de la aplicabilidad de dicho instrumento a los artistas – a fin de determinar si los artistas de nacionalidad estadounidense gozan en España de los mismos derechos que los españoles.

La conclusión de ambas Audiencias a este respecto es, de nuevo, coincidente, argumentando que si bien ambos países han venido reformando sus respectivas legislaciones sobre propiedad intelectual desde entonces, han mantenido en vigor el Canje de Notas, mostrando así su voluntad de aplicarlo a las sucesivas reformas legislativas en la materia, cualesquiera sean los derechos reconocidos, y los beneficiarios de los mismos, puesto que lo que se recoge en aquel instrumento es un compromiso de igualdad de trato.

La vigencia actual del Canje de Notas de 1895, además, es evidente, y así lo reconocen ambos Gobiernos. Así, en la “Relación de declaraciones, tratados y acuerdos firmados” de la Ficha sobre los Estados Unidos, elaborada por la Oficina de Información Diplomática del Ministerio español de Asuntos Exteriores y de Cooperación, se incluye el “Canje de Notas para la protección de la propiedad intelectual” de 1895<sup>1194</sup>. Y, por su parte, la Oficina de Derecho de Autor (Copyright Office) estadounidense incluye dicho Canje en el listado de relaciones internacionales de los EEUU en materia de propiedad intelectual (“International Copyright Relations of the United States”)<sup>1195</sup>.

Asimismo, aún en el supuesto de que el Canje de Notas de 1895 no amparara la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes estadounidenses en España se concluye, en los anteriores pronunciamientos judiciales, que la protección de aquéllos procedería, en todo caso, conforme al principio de reciprocidad previsto en el art. 164.3, *in fine*, del TRLPI. Y ello porque el art. 164.3 se refiere a la reciprocidad formal (la consideración de manera igual a los españoles y a los artistas extranjeros –no comunitarios-, cuando aquéllos –los españoles- sean considerados iguales a los nacionales en el país respectivo) y no material (equiparación de derecho a derecho).

---

<sup>1193</sup> Mediante Real Decreto de 25 de abril de 1898.

<sup>1194</sup> Versión de febrero de 2015, disponible en [http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPaís/ESTADOSUNIDOS\\_FICHA%20PAIS.pdf](http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPaís/ESTADOSUNIDOS_FICHA%20PAIS.pdf)

<sup>1195</sup> Circular 38A del Copyright Office estadounidense, versión de enero de 2014, disponible en <http://www.copyright.gov/circs/circ38a.pdf>

A idéntica conclusión llega el Consejo General del Poder Judicial en su Informe de 25 de julio de 2013<sup>1196</sup>, emitido con ocasión de la tramitación de la última reforma del TRLPI<sup>1197</sup>. Así, en el Anteproyecto de ley de reforma se incluía una propuesta de modificación del art. 164 TRLPI<sup>1198</sup>, que pasaba por la supresión de los puntos de vinculación previstos en los párrafos c) y d) de su segundo apartado, así como la introducción de un criterio de reciprocidad material en relación con el derecho de remuneración por la comunicación al público de grabaciones audiovisuales (art. 108.5 TRLPI). Efectivamente, el art. 164.3 TRLPI propuesto establecería que los artistas nacionales de un tercer país ajeno a la UE no gozarían en España del precitado derecho de remuneración cuando sus respectivas legislaciones no reconozcan el mismo derecho a los artistas españoles<sup>1199</sup>.

Efectivamente, y ratificando nuestra tesis, el Pleno del CGPJ advirtió en su Informe de la existencia de un instrumento internacional de índole bilateral, celebrado entre España y EEUU, “en virtud del cual se garantiza que los ciudadanos de nacionalidad norteamericana disfrutarán en España, en todo lo concerniente a la propiedad intelectual, de los mismos derechos que los súbditos españoles. Se trata del Canje de Notas entre España y Estados Unidos de América para la protección de la Propiedad Intelectual de 6 y 15 de julio de 1895 (posteriormente ratificado por otro de fecha 18 y 26 de noviembre de 1902), que no ha sido denunciado por ninguna de las partes. Diversas sentencias recientes emitidas por las secciones especializadas de las dos

---

<sup>1196</sup> Informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, disponible en <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISIÓN%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/DOCUMENTOS/CGPJ/20130729%20Informe%20L.P.I.%20y%20L.E.C..pdf>

<sup>1197</sup> Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en vigor a partir del 1 de enero de 2015, con las excepciones previstas en su Disposición final quinta.

<sup>1198</sup> Incorporada en una segunda versión del Anteproyecto de Ley a instancias de las alegaciones de ciertas asociaciones de usuarios y empresas de telecomunicación, con el objetivo de privar del disfrute de ciertos derechos en España a los artistas de nacionalidad estadounidense, según se desprendía de la correspondiente Memoria de Análisis de Impacto Normativo.

<sup>1199</sup> A este respecto advierte el CGPJ que “la modificación de este precepto, en caso de ser finalmente aprobada, generaría diversas disfunciones desde el punto de vista tanto de la propia sistemática interna de la LPI, como de la relación de sus normas con ciertas disposiciones convencionales de naturaleza internacional aplicables al caso. Por lo que se refiere a las razones de índole sistemática, debe observarse que la supresión de las letras c) y d) del art. 164.2 LPI, que supondría la no protección de los artistas nacionales de terceros países (no comunitarios) que no residan habitualmente en España ni hayan efectuado aquí su interpretación o ejecución, aunque ésta se haya grabado en un soporte fonográfico o audiovisual, o se incorpore a una emisión de radiodifusión, que sí estén protegidos en España, no iría acompañada de la supresión de ningún elemento en los arts. 165 y 166 LPI, lo que significa que, en caso de aprobarse sin cambios esta parte del Anteproyecto, los fonogramas, las grabaciones audiovisuales y las emisiones de radiodifusión que contengan una interpretación o ejecución artística podrían estar protegidos en España sin que al mismo tiempo lo estuviese la interpretación o ejecución artística en ellos contenida. Pero además de este efecto, que situaría a los artistas en una clara posición de discriminación frente a los productores y los organismos de radiodifusión, la modificación proyectada entrañaría otra clase de asimetría, ya que el futuro art. 164 LPI introduciría un criterio de reciprocidad material (la protección al extranjero se subordina a que en su ordenamiento se reconozcan a los españoles derechos semejantes a los que nuestra legislación les reconoce), siendo así que el resto de preceptos del Libro IV de la LPI seguirán manteniendo el criterio de la reciprocidad formal (*id est*, basta con que en el país extranjero no se produzca una diferencia de trato entre sus nacionales y los españoles, sin que sea necesario que el ordenamiento foráneo reconozca la misma clase de derechos, o con igual alcance, que el ordenamiento español). No parece razonable que las normas contiguas de los arts. 163 a 167 LPI pasen a estar regidas, en lo tocante al régimen de reciprocidad, por criterios opuestos, de tal modo que según cuál sea la categoría de titulares la Ley dispense una solución de signo diferente” (Pár. 141).

Audiencias Provinciales que vienen marcando la pauta en el campo de los derechos de propiedad intelectual (*vid.* sentencias de la AP Madrid, Sección 28ª, de 11 y 17 de marzo de 2011 y Sentencia de la AP Barcelona, Sección 15ª, de 9 de junio de 2011), han corroborado que: (i) dicho Canje de Notas constituye un convenio no denunciado que se rige por las reglas propias de los tratados internacionales y que, en consecuencia, sirve para determinar la protección en España de los derechos de los artistas estadounidenses, de conformidad con el art. 164.3 LPI; (ii) en virtud de su contenido, los ciudadanos americanos disfrutaban en España, en todo lo concerniente a la propiedad intelectual, de los mismos derechos que los súbditos españoles, y a la inversa, los súbditos españoles gozarán en esa materia de las ventajas otorgadas por la norma vigente en Estados Unidos; (iii) a pesar de los cambios legislativos habidos en los dos países, permanece clara la voluntad de ambos países de mantener su aplicación cualquiera que sea la legislación interna de cada uno de ellos en un determinado momento, lo que permite extender su virtualidad a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes; (iv) en consecuencia, la vigencia y aplicabilidad del Canje de Notas obliga a atribuir en España a los artistas, intérpretes o ejecutantes norteamericanos la misma protección que se confiere a los nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 164.3 TRLPI. Así las cosas, la proyectada modificación del art. 164 LPI podría carecer de virtualidad, al menos en lo que se refiere a los artistas de nacionalidad estadounidense, si se tiene en cuenta la primacía de que goza el mencionado instrumento internacional, el cual debe considerarse formando parte de nuestro ordenamiento; no debiendo olvidarse que tanto el actual primer inciso del art. 164.3 LPI, como el del proyectado art. 164.4 LPI, proclaman que *en todo caso, los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de terceros países gozarán de la protección que corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte*”<sup>1200</sup>.

### **5.3.- Vigencia e interpretación plausible del Canje de Notas.**

Sentado el contenido y vigencia del Canje de Notas entre España y los EEUU, la única interpretación que a nuestro juicio cabe hacer del mismo es que los nacionales de ambos países disfrutaban, en uno y otro país, de trato nacional. Es decir, los titulares españoles disfrutaban en los EEUU de los mismos derechos que la legislación estadounidense en esta materia reconoce a sus propios nacionales. Y viceversa, los titulares estadounidenses disfrutaban en España de los mismos derechos que el TRLPI reconoce a los nacionales españoles.

---

<sup>1200</sup> Pár. 142 del precitado *Informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*.



A este respecto son dos las variables a tener en cuenta, a saber: qué norma o normas concretas resultan aplicables en cada país a los nacionales de la otra Parte, y qué titulares son los beneficiarios de este trato nacional.

Comencemos por la primera de ellas, la norma o normas aplicables, toda vez que de ellas dependerán los derechos que los titulares concernidos tendrán reconocidos en uno y otro país. En este sentido, ya la propia denominación del Canje de Notas –“concediendo a los súbditos españoles en los Estados Unidos y a los ciudadanos americanos en España los mismos derechos en materia de propiedad intelectual, de 6 y 15 de julio de 1895”– es bastante amplia, toda vez que se refiere a los “derechos en materia de propiedad intelectual”, lo cual incluye tanto los derechos del autor como los demás derechos de propiedad intelectual (los también denominados derechos conexos, vecinos o afines a los del autor) –si bien en 1895 tanto el CA estadounidense como la LPI española únicamente contemplaban la protección de los autores y editores de libros, cartas de navegación, mapas y composiciones musicales, no deja de ser menos cierto que en uno y otro caso el objeto de protección daba cabida a cualesquiera obras originales del ingenio (los *writtings* o “escritos”<sup>1201</sup> en el caso de los EEUU, y *las obras científicas, literarias o artísticas que pueden darse a luz por cualquier medio*<sup>1202</sup> en el caso de España).

En cualquier caso, y no obstante lo anterior, la denominación del Canje de Notas no concreta en base a qué texto o textos legales podían los titulares de uno y otro país reclamar la protección de sus respectivos derechos. Porque una cosa es declarar que dichos titulares tendrán reconocidos en el otro país “los mismos derechos” que los nacionales de este país, y otra bien distinta es determinar cuáles son estos derechos.

A este respecto recuérdese que la Nota española decía que “los ciudadanos americanos disfrutaban en España, y sus provincias y posesiones de ultramar, en todo lo concerniente a la propiedad artística y literaria, de los mismos derechos que los súbditos españoles”. Si bien no menciona un texto legal concreto, lo cierto es que la norma especial en vigor en aquel momento era la LPI de 1879, cuyo art. 1 disponía que la propiedad intelectual estaba integrada por las obras científicas, literarias o artísticas que pueden darse a la luz por cualquier medio. Es decir, “en todo lo concerniente a la propiedad artística y literaria”, los derechos de los súbditos españoles eran los

---

<sup>1201</sup> Si bien el art. I, Sección 8.8, de la Constitución Federal estadounidense de 1787 se refiere a la necesidad de *asegurar a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos*, lo cierto es que tanto las sucesivas reformas del CA como la doctrina jurisprudencial de aquel país han puesto de relieve que el concepto de “escritos” comprende toda suerte de obras, y no solamente las escritas – *vid.* epígrafe 2.2.1 del Capítulo IX.

<sup>1202</sup> Conforme al art. 1 de la LPI de 1879, *la propiedad intelectual comprende, para los efectos de esta ley, las obras científicas, literarias ó artísticas que puedan darse a la luz por cualquier medio.*

previstos en el la LPI de 1879 (hoy día el vigente TRLPI), y Éstos eran los únicos que, por tanto, también tenían, y aún tienen, reconocidos los ciudadanos estadounidenses conforme al Canje, no pudiendo entonces acudir a ninguna otra norma de nuestro ordenamiento para reclamar la protección de tales obras.

La Proclama presidencial estadounidense, por su parte, fue más específica, al declarar, como hemos dicho, que se concedían a los súbditos españoles “las ventajas acordadas por el Acta del Congreso de 3 de marzo de 1891”, esto es, por su Ley de derecho de autor o *Copyright Act* (CA), y sus sucesivas modificaciones.

Ello significa, entonces, que los derechos que los titulares españoles tenían, y aún tienen, reconocidos en los EEUU, conforme al Canje de Notas, son los previstos única y exclusivamente en el CA.

Ahora bien, cumple advertir que tras la entrada en vigor del Canje de Notas, tanto España como EEUU han ratificado otros tratados internacionales en la materia, de los que se derivan, para uno y otro país, nuevas obligaciones. En algunos casos estas nuevas obligaciones convencionales tienden a limitar el alcance del trato nacional inicialmente pactado entre ambos países, siendo el más llamativo de todos ellos el del WPPT.

Y es que, el Congreso de los EEUU aprobó en 1995 la *Ley de los Derechos de Comunicación Pública Digital en Grabaciones Sonoras* (*Digital Performance Rights in Sound Recordings Act*, en lo sucesivo DPRA), reconociendo a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de fonogramas a través de medios digitales de transmisión sonora. Ahora bien, en relación con los servicios digitales de transmisión no interactiva, sujetos a suscripción, el DPRA limitó el referido derecho exclusivo, estableciendo una licencia legal [remunerada a favor de los productores de fonogramas, como titulares del *copyright*, que éstos deben compartir con los artistas]<sup>1203</sup>.

Con ocasión de la proliferación de los servicios de radio a través de Internet, la *Ley del Copyright en el Milenio Digital* (*Digital Millennium Copyright Act*, en lo sucesivo DMCA), de 1998, amplió la anterior licencia legal a cualquier acto de comunicación pública realizado a través de medios digitales de transmisión no sujetos a suscripción.

---

<sup>1203</sup> Conforme al DPRA, la remuneración es compartida por los productores del fonograma (50%), los artistas intérpretes (45%) y los artistas ejecutantes (5%).

Como resultado de lo anterior, en definitiva, los artistas en los EEUU reciben una remuneración cuando sus actuaciones incorporadas a un fonograma son explotadas a través de redes digitales de comunicación, pero no cuando esa misma grabación se transmite por ondas terrestres.

Un año más tarde, en 1999, los EEUU ratificaron el WPPT, incluyendo una reserva del siguiente tenor: *Conforme al Artículo 15(3) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, los Estados Unidos aplicarán las disposiciones del Artículo 15(1) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas únicamente respecto de ciertos actos de radiodifusión y comunicación pública por medios digitales por cuya recepción se pague una remuneración directa o indirecta, y por otras transmisiones y comunicaciones de grabaciones sonoras digitales, tal y como prevé la Ley de los Estados Unidos.*

Es decir, los EEUU “acomodaron” su instrumento de ratificación del WPPT y, por tanto, las obligaciones que de dicho Tratado se derivan<sup>1204</sup> al sistema entonces vigente en aquel país, que, tras la DMCA de 1998, como hemos visto, limita el derecho de remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes a la comunicación pública de fonogramas a través de redes de transmisión digital.

Como quiera que conforme al art. 4.2 WPPT los Partes Contratantes no están obligadas a dispensar trato nacional a los nacionales de aquellas otras Partes Contratantes que hayan hecho uso de las reservas permitidas en virtud del art. 15.3 (en relación con el precitado derecho de remuneración de los artistas y productores por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales), la ratificación de dicho Tratado por parte de España<sup>1205</sup> vino a dejar sin efecto su obligación de trato nacional, prevista en el anterior Canje de Notas, al menos con respecto a este derecho. No en vano el Tratado posterior (WPPT) deroga al anterior (Canje de Notas) en todo lo que resulte incompatible entre ambos. Efectivamente, el art. 30.3 de la Convención de Viena, sobre la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia, dispone que *cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.*

---

<sup>1204</sup> Conforme al artículo 15(1) del WPPT, cuya aplicación se ve limitada en los EEUU, *los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales.*

<sup>1205</sup> Mediante instrumento de 14 de diciembre de 2009.

Ello significa, en esencia, que de la misma manera en que el artista español no puede exigir remuneración alguna en los EEUU por la comunicación pública mediante ondas hertzianas de su interpretación o ejecución fijada en un fonograma (no existe tal derecho en la legislación del aquel país, ni está éste obligado a reconocerlo –habida cuenta el tenor de su reserva al WPPT), el artista estadounidense únicamente podrá reclamar el derecho reconocido a los artistas en el art. 108.4 TRLPI cuando la comunicación pública del fonograma se lleve a cabo a través de una red de transmisión digital (la precitada reserva estadounidense deja sin efecto, por lo que a este derecho atañe, la obligación de trato nacional prevista en el art. 4.1 WPPT).

Por lo tanto, caben [y de hecho se dan] situaciones como la descrita *ut supra*, en las que mediante un instrumento posterior ambas partes deciden limitar la aplicación del principio de trato nacional, convirtiéndolo, de hecho y de derecho, en un criterio de reciprocidad material.

Ahora bien, para el resto de derechos no sujetos convencionalmente a reciprocidad material, los titulares de los EEUU podrán reclamar en España cualesquiera derechos reconozca el TRLPI a los de su misma categoría.

Con ello abordamos la segunda cuestión, a saber: qué titulares (o categorías de titulares) son beneficiarios del trato nacional dispuesto por el Canje de Notas. Y es que, pese a que en 1895 una y otra ley únicamente se referían a los autores y editores de libros, cartas de navegación, mapas y composiciones musicales, lo cierto es que la protección recíproca a que se obligaron ambos países no era *ratione personae*, sino *ratione materiae*.

Efectivamente, el Canje de Notas no se refiere a la obligación recíproca de ambos países de dispensar protección a los “autores”, o a los “editores” de la otra parte, sino a los respectivos nacionales (a los “ciudadanos” estadounidenses y a los “súbditos” españoles).

Por tanto, será la norma aplicable conforme al Canje de Notas (el CA en el caso de los EEUU, y la LPI en el caso de España, como hemos visto) la que determine qué “ciudadanos” y “súbditos” gozarán de protección en uno y otro país. Así, si el CA no reconoce derecho alguno a los artistas españoles, éstos no podrán reclamar derecho alguno en base a dicha ley en aquél país, mientras que los artistas estadounidenses sí podrán reclamar en España todos los derechos que reconoce el TRLPI a dicha categoría de artistas –salvo, como hemos dicho, en aquellos casos en los que

alguno de tales derechos haya sido excluido por ambas partes de dicha obligación de trato nacional.

## **6.- RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES PARCIALES.**

Consecuencia de todo cuanto antecede es que las interpretaciones audiovisuales correspondientes a los artistas extranjeros estarán protegidas en España, conforme al TRLPI, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1ª.- Cuando el artista o el productor de la obra o grabación audiovisual –a la que se incorpora la interpretación– sean nacionales de un Estado miembro de la UE, o delEEE –art. 164, apartados 1 y 2.b), este último en relación con el art. 165.1.a) TRLPI.
- 2ª.- Cuando el artista o el productor de la obra o grabación audiovisual –a la que se incorpora la interpretación– tengan su residencia habitual o domicilio en España o en cualquier otro Estado miembro de la UE, o delEEE –art. 164.2, apartados a) y c), este último en relación con el art. 165.1.a) TRLPI.
- 3ª.- Cuando la interpretación haya sido realizada en territorio español –art. 164.2.b) TRLPI.
- 4ª.- Cuando la interpretación se incorpore a una grabación u obra audiovisual publicada por primera vez en España, o bien dentro de los treinta días siguientes a su publicación en otro país –art. 164.2.c), en relación con el art. 165.1.b) TRLPI.
- 5ª.- Cuando la interpretación se incorpore a una grabación u obra audiovisual cuyo productor goce de protección en España en virtud de un Convenio o Tratado internacional en el que España sea parte –art. 164.2.c), en relación con el art. 165.2 TRLPI.
- 6ª.- Cuando la interpretación se incorpore a una grabación u obra audiovisual cuyo productor goce de protección en España por ser nacional de un país cuya legislación equipare a los productores españoles con sus productores nacionales –art. 164.2.c), en relación con el art. 165.2 TRLPI.

- 7ª.-** Cuando la interpretación en vivo se incorpore a una emisión de una entidad de radiodifusión domiciliada en España o en otro Estado de la UE, o delEEE –art. 164.2.d), en relación con el art. 166.1 TRLPI.
- 8ª.-** Cuando la interpretación en vivo se incorpore a una emisión de una entidad de radiodifusión domiciliada en el territorio de otra Parte Contratante de la Convención de Roma –art. 165.2.d), en relación con los arts. 166.2 TRLPI y 6.1.a) de dicha Convención.
- 9ª.-** Cuando la interpretación en vivo se incorpore a una emisión transmitida desde una emisora situada en el territorio de otra Parte Contratante de la Convención de Roma –art. 165.2.d), en relación con los arts. 166.2 TRLPI y 6.1.b) de dicha Convención.
- 10ª.-** Cuando el artista sea nacional de un país que sea parte de un instrumento internacional, bilateral o multilateral, del que España también sea parte, y ello en relación a los derechos y extensión consignados en dicho convenio o en el correspondiente instrumento de ratificación –art. 164.3 TRLPI. El Tratado de Beijing, por tanto, tendrá un claro impacto en este supuesto, tan pronto como entre en vigor y sea ratificado por España.
- 11ª.-** Cuando el artista sea nacional de un país cuya legislación equipare a los artistas españoles a sus propios nacionales –art. 164.3 TRLPI. Se trata del criterio de reciprocidad que, como hemos dicho, es formal, lo que supone que la no discriminación de los actores españoles en un país concreto es condición suficiente para que los nacionales de dicho país gocen en España de todos los derechos reconocidos por el TRLPI.
- 12ª.-** Asimismo, y de manera más particular, los actores que participan en una producción audiovisual de nacionalidad estadounidense tienen reconocidos en España los mismos derechos que el TRLPI reconoce a los artistas españoles y comunitarios, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia. Ello es así en la medida en que al resultar de aplicación al productor de dichas obras o grabaciones tanto el Canje de Notas de 1895 entre España y los EEUU, como el criterio de la reciprocidad formal previsto en el art. 165.2 TRLPI, las mismas están protegidas en España, lo que a su vez determina, conforme al criterio del art. 164.2.c) TRLPI, que todas las interpretaciones incorporadas a las mismas estén igualmente protegidas, con independencia de cualquier otro criterio (nacionalidad del artista, lugar de residencia o de la interpretación, etc.).

En todo caso, y con independencia de la nacionalidad de la obra o de la producción, los actores de nacionalidad estadounidense gozan en España de los mismos derechos que los artistas españoles, y ello habida cuenta las disposiciones del precitado Canje de Notas entre ambos países.

## ***CAPÍTULO IX***

### **LA PROTECCIÓN DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES EN EL SISTEMA DEL *COPYRIGHT* ANGLOSAJÓN.**

#### **1.- CONTEXTUALIZACIÓN Y DELIMITACIONES PREVIAS.**

En este Capítulo nos proponemos exponer la protección típicamente dispensada a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales en el marco del *Copyright*, sistema propio y característico de los países bajo la influencia *Common Law* anglosajón. A tal efecto centraremos gran parte del análisis en el caso estadounidense, no sólo por su indiscutible posición de dominio en el mercado audiovisual internacional –con la consiguiente abundancia de doctrina jurisprudencial, fuente normativa de primer orden en dichos sistemas–, que también, sino, además, por mantener casi *intactos* los principales rasgos característicos del *Copyright*. No en vano los EEUU se han mostrado tradicionalmente reticentes a una excesiva permeabilidad de su sistema de protección del Derecho de autor, mientras que otros ordenamientos de corte anglosajón han ido incorporando progresivamente las distintas normas multilaterales de carácter internacional y, en su caso (*v.gr.*, el Reino Unido), determinados aspectos de las distintas directivas europeas en la materia, tendiendo así hacia una suerte de armonización que, en cierto modo, ha desdibujado las diferencias entre dicho sistema y el continental de Derecho de autor.

A tal fin se antoja necesario comenzar trayendo a colación las distintas particularidades que caracterizan el sistema estadounidense de *Copyright* para, finalmente, abordar la cuestión de la protección dispensada en aquel sistema a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, lo que nos permitirá ponerlo en relación con el sistema español de Derecho de Autor, y obtener así las premisas y conclusiones pertinentes al objeto de la presente Tesis.

Mas, sin que sirva de precedente, la tesis que pretendemos fijar constituye en cierto modo y al tiempo la premisa y la conclusión fundamental, en el sentido que, en general, gran parte de las diferencias que separan el sistema del *Copyright* del Derecho de autor son más de forma que de fondo, y tal premisa-conclusión adquiere plena virtualidad cuando en particular se afronta el estudio del régimen protector de las interpretaciones audiovisuales en el *Copyright* y se compara, sin ir más lejos, con el que les brinda la legislación española.



Sucede asimismo, como se verá de inmediato, que si diferenciamos *Copyright* y Derecho de autor, amén del marcado carácter mercantil de aquél, es porque cada uno de esos dos sistemas se apoyan y se desarrollan sobre la base de dos concepciones jurídicas diferentes: *Common law* o Derecho anglosajón y Derecho civil o Derecho continental. Es decir, nos encontramos países en los que el precedente es fuente de derecho y la norma sólo regula los alineamientos básicos y no alcanza a cubrir todos los supuestos de hecho típicos y, de otra parte, los países de tradición civil (de sistema romano-germano-francés o legalista) en los que sólo tienen capacidad normativa el poder legislativo y, por derivación suya, el ejecutivo, relegando a la jurisprudencia que emana de los tribunales a una función interpretativa o integradora de la norma.

No obstante, y pese a esa marcada diferencia advertida entre el Derecho anglosajón y el continental, actualmente se ha observado una tendencia de aproximación entre ambos sistemas, de tal suerte que también en el sistema del *Common law* comienza a extenderse la práctica de que las leyes creen figuras jurídicas y fijen las reglas anteriormente establecidas por las sentencias judiciales. Dicho cambio de orientación se justifica en el espíritu flexible del Derecho anglosajón, de un lado, pero sobre todo en el proceso de globalización y codificación del Derecho internacional, del que forman parte la mayoría de países con independencia de su tradición jurídica, al tiempo que este sistema de Derecho internacional responde a un sistema normativo, aunque convencional, más próximo al “codificado o legalista” que al jurisprudencial.

Y si a esa circunstancia se le une el hecho de que en el sistema “legalista” continental la jurisprudencia también juega un papel decisivo en la aplicación de la norma, parece imponerse la tesis de que las diferencias se están estrechando entre ambos sistemas y, en alguna medida, este fenómeno también se está viendo reflejado en el proceso de aproximación entre el *Copyright* y el Derecho de autor, tanto en la práctica como el proceso codificar nacional e internacional.

## **2.- LA PROTECCIÓN DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES EN LOS EEUU.**

### **2.1.- Fuentes del derecho en los EEUU.**

Bien es cierto que el sistema jurídico estadounidense tiene su origen en el Derecho inglés, basado en el denominado *Common Law* o *ley común* elaborado a partir de las sentencias dictadas

por determinados Tribunales de justicia, si bien cada vez hay más voces que sostienen, como lo hace FURNISH, que ya no es “un sistema de Derecho consuetudinario (...) basado en las sentencias de los tribunales”, habiéndose convertido, al menos desde finales del Siglo XX, en “un sistema de normas de Derecho positivo, de normas concretas y escritas (...) hoy día la gran mayoría de las sentencias estadounidenses se fundan y se motivan en disposiciones legislativas (...). Rarísima vez se encuentra una sentencia fundada en jurisprudencia del *Common Law*, en su sentido puro de precedentes judiciales, sin basarse en la aplicación de una norma legislativa”<sup>1206</sup>.

En nuestra opinión, y poniéndolo en relación con el art. 1.1 de nuestro Código Civil<sup>1207</sup>, podríamos reducir a tres las fuentes *efectivas* del ordenamiento jurídico de los EEUU: la ley, la costumbre y la jurisprudencia.

En este orden de cosas, la primera fuente del Derecho estadounidense es, pues, la ley, tanto federal como estatal, de ámbito general y aplicable de manera imperativa a cada caso en concreto. Efectivamente, *la Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado* (art. 6.2 Constitución federal). De este precepto se deriva, en primer lugar, que las disposiciones legislativas (es decir, las emanadas del Poder Legislativo) priman sobre cualesquiera otras fuentes del Derecho estadounidense y, en segundo lugar, que la legislación federal prevalece sobre la estatal.

Subsidiariamente, y en ausencia de texto legal aplicable, acudiremos a la segunda fuente: la costumbre codificada en una suerte de “compendio de principios generales del derecho” –esto es, lo denominados *Restatements of the Law* elaborados por el Instituto del Derecho Americano (ALI, por sus siglas inglesas) a partir del 1923, en respuesta a la creciente preocupación manifestada por los principales juristas estadounidenses, que veían cómo el *Common Law* de aquel país se iba disolviendo en una suerte de dispersión interpretativa a cargo de los tribunales en los distintos Estados miembros de la Unión.

---

<sup>1206</sup> FURNISH, Dale Beck, *Fuentes del Derecho en Estados Unidos. La muerte del Derecho consuetudinario. Las fuentes escritas en la edad del Derecho positivo, y el papel y efecto de los Restatements of the Law*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo LI, núm. 235, México D.F., 2001, pág.78.

<sup>1207</sup> Especialmente habida cuenta la ausencia de textos doctrinales sobre las fuentes del derecho en los EEUU.

El objeto social del ALI, según se desprende de su acta constitutiva<sup>1208</sup>, es “promover la clarificación y simplificación del derecho y su mejor adaptación a las necesidades sociales, asegurar una mejor administración de la Justicia, y alentar y realizar trabajos jurídico-académicos y jurídico-científicos”. A tal fin, y desde su constitución, el ALI ha venido redactando o, con mayor precisión, codificando normas que, en esencia, recogen y reflejan, a modo de norma positiva, el Derecho consuetudinario estadounidense en los principales campos del derecho privado: contratos<sup>1209</sup>, representación<sup>1210</sup>, derechos reales y propiedad<sup>1211</sup>, fideicomisos<sup>1212</sup>, reivindicación<sup>1213</sup>, responsabilidad civil<sup>1214</sup>, garantías<sup>1215</sup>, conflicto de leyes<sup>1216</sup>, competencia desleal<sup>1217</sup> y sentencias<sup>1218</sup>.

A este respecto, y ya con ocasión de la publicación del primer tomo del *Restatements of Contracts*, en 1932, el entonces director del ALI y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pensilvania, LEWIS, dejó sentado en el prefacio que “para clarificar y simplificar el derecho y entregárselo más acertado, el primer paso tiene que ser la preparación de un *restatement* ordenado del *Common Law* (...). La función del Instituto [ALI] es la de declarar clara y precisamente a la luz de la jurisprudencia los principios y reglas del *Common Law*”<sup>1219</sup>.

Los *Restatements* se configuran así como una suerte de fuente positiva del ordenamiento jurídico estadounidense, integrada por los principios generales derivados del derecho consuetudinario propio del *Common Law*, y que a la postre conforman un cuerpo uniforme de Derecho privado de invocación directa ante los Tribunales de aquel país.

La tercera fuente vendría dada, como hemos dicho, por la jurisprudencia (o *case law*), que lejos de quedar relegada a un segundo plano en el sistema de fuentes estadounidense, continúa siendo una fuente de primer orden. Quizás no desde un punto de vista meramente formal o, si se prefiriere, constitucionalista, pero sí desde una perspectiva práctica, y es que pese a que el derecho legislado es la fuente principal en los EEUU, su alcance y eficacia depende de su

---

<sup>1208</sup> Disponible en la página Web del ALI: <http://www.ali.org/doc/charter.pdf>

<sup>1209</sup> *Restatement of Contracts*, 2ª ed. (1981), en dos tomos.

<sup>1210</sup> *Restatement of the Law of Agency*, 3ª ed. (2006), en dos tomos.

<sup>1211</sup> *Restatement of Property*, 1ª ed. (propiedad y otros derechos reales 1936-40), 2ª ed. (arrendamientos 1977, Donaciones 1983-92) y 3ª ed. (hipotecas 1997, servidumbres 2000, testamentos 1999-2003), en cinco tomos.

<sup>1212</sup> *Restatement of Trust*, 2ª ed. (1959) y 3ª ed. (diligencia del inversión 1992, revisión general 2003-08), en un tomo.

<sup>1213</sup> *Restatement of Restitution*, 2ª ed. (incluidos los cuasicontratos, 1937) y 3ª ed. (enriquecimiento injusto 2011), en un tomo.

<sup>1214</sup> *Restatement of Torts*, 2ª ed. (1965-79) y 3ª ed. (designación de responsabilidad 2000, responsabilidad por productos defectuosos 1998, responsabilidad por daños físicos y emocionales 2011), en cuatro tomos.

<sup>1215</sup> *Restatement of Security*, 3ª ed. (1996), en un tomo.

<sup>1216</sup> *Restatement of Conflict of Laws*, 2ª ed. (1971), en un tomo.

<sup>1217</sup> *Restatement of Unfair Competition*, 3ª ed. (1995), en un tomo.

<sup>1218</sup> *Restatement of Judgements*, 2ª ed. (1982), en un tomo.

<sup>1219</sup> LEWIS, William Draper, *Restatement of the Law of Contracts: As Adopted and Promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., May 6, 1932*, Vol. I, Ed. ALI, Washington D.C., 1932, pág. viii.

interpretación a cargo de los Tribunales, hasta el punto de que hay quien afirma que el texto legal no es suficiente “si no se examina la interpretación judicial que se haya hecho del mismo”<sup>1220</sup>. Cumple, pues, una función similar a la que el art. 1.6 de nuestro Código Civil prevé para la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo (*complementar* el ordenamiento jurídico), si bien con la diferencia sustancial de que en los EEUU las resoluciones de los órganos judiciales superiores no sólo son susceptibles de invocación directa en juicio, sino que además tienen fuerza vinculante para los órganos judiciales inferiores de la misma jurisdicción.

Sentadas y consabidas las tres fuentes del derecho estadounidense, cabe clasificarlas en atención a su origen (federales o estatales) y a su carácter vinculante para los distintos órganos jurisdiccionales (*primarias* y *secundarias*).

A este respecto, CASTETTER identifica la Constitución federal, las leyes del Congreso, las sentencias del Tribunal Supremo y de los tribunales menores federales (los Tribunales de Apelación y de Distrito), los reglamentos y resoluciones de las agencias federales, y las órdenes y proclamaciones del Presidente de los EEUU como fuentes *primarias* del derecho federal; y la Constitución de cada Estado, las leyes estatales, las sentencias de los tribunales del Estado, los reglamentos y resoluciones de las agencias estatales, y las órdenes del Gobernador de cada Estado como fuentes *primarias* del derecho estatal<sup>1221</sup>.

Las fuentes *secundarias*, por su parte, y pese a carecer de fuerza vinculante, son igualmente importantes en el sistema estadounidense. Se trata, esencialmente, de la interpretación que realiza la doctrina científica de aquel país en relación con las fuentes primarias, cuyo máximo exponente, como se ha dicho *ut supra*, viene dado por los *Restatements of the Law* del ALI.

Otros autores, como STERN y ROBINSON, clasifican las fuentes en función de su carácter *vinculante* o meramente *persuasivo*<sup>1222</sup>. En este sentido, y mientras las fuentes secundarias únicamente tienen una función persuasiva (en ningún caso vinculan al órgano jurisdiccional), las fuentes primarias pueden ser, dependiendo de cada caso concreto, vinculantes o meramente persuasivas.

---

<sup>1220</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Common Law: especial referencia a los Restatement of the Law en Estados Unidos* - Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Moriñe, Tomo II: Sistemas jurídicos contemporáneos, coord. González Martín, Nuria, ed. UNAM, México D.F., 2006, pág. 402.

<sup>1221</sup> CASTETTER, Karla, *Locating the Law*, Southern California Association of Law Libraries (SCALL), 5ª ed., Los Ángeles, 2011, págs. 2 y 3.

<sup>1222</sup> STERN, Tanya y ROBINSON, Jessica, *When and How to Use Secondary Sources and Persuasive Authority to Research and Write Legal Documents*, The Writing Center at Georgetown University Law Center, Washington DC, 2004, pág. 1.

Así, son fuentes de carácter vinculante las constituciones, leyes, jurisprudencia, reglamentos y resoluciones que el tribunal deba aplicar imperativamente a cada caso concreto. Por ejemplo, la jurisprudencia de los tribunales superiores vincula al resto de tribunales en la misma jurisdicción.

Por su parte, son fuentes de carácter meramente persuasivo tanto las secundarias (*restatements*, compendios, artículos, digestos, etc.) como las leyes, jurisprudencia, reglamentos y resoluciones en las que el tribunal pueda apoyarse, sin estar obligado a ello. Siguiendo el mismo ejemplo anterior, la sentencia de un tribunal puede persuadir (que no vincular) a un tribunal en otra jurisdicción.

Esta brevísimas exposición del sistema de fuentes en los EEUU nos acompañará a lo largo del presente capítulo, habida cuenta que la protección dispensada a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales en el marco del *Copyright* estadounidense aparece dispersa en distintas normas, federales y estatales, positivas y doctrinales.

## **2.2.- Marco normativo en materia de *Copyright*.**

### **2.2.1.- Antecedentes.**

La capacidad del Congreso de los EEUU para promulgar leyes en materia de propiedad intelectual deriva de la denominada *Cláusula del Copyright*<sup>1223</sup>, contenida en el art. I, Sección 8.8, de la Constitución Federal de 1787, que a la sazón otorga facultades a dicha Cámara para *fomentar el progreso de la ciencia y de las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos*<sup>1224</sup> y descubrimientos.

Consabida la necesaria protección de la propiedad intelectual como estímulo a la labor creativa, y sobre la base de la facultad contenida en su Constitución, el Congreso estadounidense adoptó en 1790 la *Ley de Derecho de Autor (Copyright Act*, en lo sucesivo CA). Esta norma, de carácter federal, tenía por objeto proteger la propiedad intelectual en libros, cartas de navegación y mapas, pero no así las composiciones musicales –y menos aún las obras audiovisuales, pues aún faltaban cien años para que los hermanos Lumière inventaran el cinematógrafo.

---

<sup>1223</sup> En inglés, *Copyright Clause*

<sup>1224</sup> Del inglés *writings*. Nótese que dicho concepto comprende toda suerte de *obras*, y no solamente las escritas, tal y como viene interpretando la doctrina jurisprudencial estadounidense.

El *Copyright*, como derecho o conjunto de derechos, y cuya traducción literal sería *derecho de copia*, otorgaba (y aún otorga) al autor de una obra –de un *writting* o *escrito*, en los términos de la Constitución estadounidense– el derecho exclusivo a *publicarla*. Así, y durante todo el plazo de duración del *Copyright*, cualquier reimpresión de la obra precisaba de la autorización de su autor. En este sentido podríamos afirmar que el *Copyright*, en cuanto conjunto de facultades y derechos (entonces limitados a los actos de reproducción) que otorgan al autor el dominio sobre su obra, no deja de ser la propiedad intelectual o Derecho de autor que conocemos en la Europa continental, con algunos matices que más adelante veremos. Dichos matices derivan, principalmente, de la concepción del *Copyright* en los EEUU como un derecho de propiedad *comerciable*, mientras que en la Europa continental se desarrolló el Derecho de autor bajo la idea de *expresión de la personalidad única* del autor.

Como ya se ha dicho, el CA de 1790 únicamente preveía el *copyright* sobre los libros, las cartas de navegación y los mapas; y reconocía a los autores de dichas obras el derecho exclusivo de reproducción durante un plazo de catorce años desde su registro<sup>1225</sup>, plazo que se renovaría por otros catorce años si el autor sobreviviera al plazo inicial.

El *copyright* sobre las composiciones musicales, con o sin letra, vino a ser reconocido en 1831. Pero aún entonces, y como hemos visto, las facultades que integraban el *copyright* estaban limitadas a la reproducción de la obra.

No fue hasta veinticinco años más tarde, en 1856, con ocasión de una nueva enmienda al CA, que se reconociera a los titulares del *copyright* el derecho exclusivo a autorizar la comunicación pública (*public performance*) de sus obras, pero únicamente en relación con las obras dramáticas, no las musicales. Los titulares del *copyright* sobre composiciones musicales tuvieron que esperar otros 41 años para que, en 1897, se les reconociera ese mismo derecho, facultándoles para exigir el pago de una tarifa por la comunicación pública de sus obras, o incluso prohibir tales actos de explotación<sup>1226</sup>.

---

<sup>1225</sup> Para obtener el reconocimiento del *copyright* era preciso comunicar el título de la obra a la Biblioteca del Congreso con carácter previo a su publicación. Una vez publicada, el autor disponía de un plazo de diez días para remitir a esa misma Biblioteca dos ejemplares de la obra, quedando así registrada y obteniendo el correspondiente certificado. El registro de la obra tenía, pues, efectos constitutivos (del *copyright*), siendo ésta una de las principales diferencias que separa este sistema del continental de *derechos de autor*, en el que la propiedad intelectual sobre una obra corresponde a su autor por el mero hecho de haberla creado, sin necesidad de inscribirla en registro alguno. Esta diferencia quizás sea fruto del carácter descaradamente mercantil que el sistema norteamericano reconoce a la propiedad intelectual.

<sup>1226</sup> A pesar de ello, lo cierto es que los titulares de los derechos sobre las composiciones musicales no llegaron a ejercitar este derecho, pues entendían que la comunicación pública de sus obras incrementaría la venta de las partituras.

El 3 de marzo de 1891, el Congreso de los EEUU aprobó la que vino a denominarse *International Act*, pues “lejos de circunscribir sus efectos a los autores pertenecientes al ámbito nacional de los EEUU, constituye el punto de partida de la protección de los autores súbditos de los países extranjeros”<sup>1227</sup>.

Efectivamente, hasta 1891 los autores extranjeros no residentes en los EEUU se veían privados de protección en dicho país, pues el ámbito de aplicación de la CA se veía limitado a los ciudadanos estadounidenses y a los extranjeros residentes.

Ahora bien, la Ley de 1891 permitió por vez primera atisbar cierto grado de protección de los derechos correspondientes a los autores extranjeros no residentes, y ello en virtud de la cláusula de reciprocidad prevista en su artículo 13: *Esta ley no se aplicará a los ciudadanos o súbditos de un Estado o de una Nación extranjera más que cuando ese Estado o esa Nación acuerden para los ciudadanos de los Estados Unidos de América los beneficios de la protección de los derechos de autor sobre una base que sea substancialmente igual a la que se aplique a sus propios ciudadanos; o cuando ese Estado o Nación extranjera sea parte contratante de un Convenio Internacional que restablezca la reciprocidad con respecto a la garantía de los derechos de autor y que contenga disposiciones permitiendo a los Estados Unidos de América el que se adhieran al mismo en cualquier momento. La existencia de cada una de estas condiciones será determinada por el Presidente de los Estados Unidos, el cual hará las proclamaciones al paso y a medida que la aplicación de la presente Ley lo haga necesario.*

Precepto éste que, como hemos visto<sup>1228</sup>, motivó cuatro años más tarde, en 1895, el *Canje de Notas entre los Estados Unidos de América y España*, y que aún hoy día sirve de fundamento para demandar en España la protección de determinadas producciones y prestaciones artísticas estadounidenses.

### **2.2.2.- El Copyright Act de 1909.**

A las anteriores reformas siguió la de 1909, motivada, fundamentalmente, por los avances tecnológicos de la época, tales como la invención del fonograma o del cinematógrafo. Dichos inventos posibilitaron la incorporación de las interpretaciones artísticas en soportes que permitían su reproducción y comunicación pública, generando incertidumbre en cuanto a si el

---

<sup>1227</sup> MISERACHS RIGALT, Antonio, *El copyright Norteamericano*, Bosch, Barcelona, 1946, pág. 17.

<sup>1228</sup> Vid. epígrafes 5.2. y 5.3 del Capítulo VIII.

*Copyright* englobaba, o debía englobar, alguna suerte de facultad sobre las nuevas formas de explotación.

En relación con las interpretaciones artísticas fijadas, dos fueron las principales novedades contenidas en el CA de 1909. En primer lugar, se vino a establecer un sistema de licencia legal u obligatoria en cuya virtud cualquier persona podría realizar una reproducción mecánica de una obra musical sin necesidad de obtener el consentimiento del titular del *copyright*.

En segundo lugar se limitó el control de los titulares del *copyright* sobre obras musicales, facultándoles a prohibir el uso de tales obras únicamente en aquellos casos en los que mediara ánimo de lucro por parte del usuario. Considerando que entonces el uso de fonogramas se limitaba, con carácter general, al ámbito doméstico y que, por tanto, la comunicación pública de tales fonogramas en determinados establecimientos podía favorecer tanto la venta de dichos soportes como la contratación de actuaciones en vivo, el legislador de 1909 decidió limitar este derecho exclusivo en los términos apuntados. Ahora bien, el advenimiento de nuevas tecnologías y formas de explotación (v.gr. la irrupción de la radio y de la gramola en claro detrimento de las interpretaciones *en vivo*) hizo necesarias las reformas de 1971 y 1976.

### **2.2.3.- La reforma de 1971 y el *Copyright Act* de 1976.**

En 1971, el Congreso de los EEUU aprobó la *Sound Recordings Act*<sup>1229</sup> (*Ley de Grabaciones Sonoras*), en cuya virtud vino a reconocer *copyright* sobre los fonogramas, siquiera *limitado* e independiente del reconocido a las obras incorporadas a los mismos. El contenido de este *copyright* sobre la grabación se limitó al derecho exclusivo de autorizar la reproducción y distribución de los fonogramas, pudiendo éstos ser registrados como *obras* objeto de protección –así como las grabaciones audiovisuales.

La reforma de 1976 –que vino precedida de las correspondientes ponencias del Senado y del Congreso<sup>1230</sup>–, dejando constancia de que los avances tecnológicos ocurridos desde 1909 no se limitaron a la aparición de la radio y de la gramola, sino también de la televisión y de las obras cinematográficas dejaría sentadas las bases en relación con la protección de las grabaciones audiovisuales, que pasaba por el reconocimiento de un *copyright* sustancialmente más amplio que el reconocido a las grabaciones sonoras cinco años antes.

---

<sup>1229</sup> Con el propósito, *entre otros*, de proteger a las grabaciones sonoras frente a la piratería (Ley 92-140, de 15 de octubre de 1971).

<sup>1230</sup> *Senate Report No. 94-473* y *House Report No. 94-1476*.



Esta reforma significó, en el ámbito audiovisual, la necesidad de que toda persona, institución u organización, con o sin ánimo de lucro, que pretendiera utilizar una grabación audiovisual fuera de un ámbito estrictamente doméstico<sup>1231</sup> debía obtener la preceptiva licencia, con independencia de si se cobra o no un precio de entrada o acceso. Es decir, las facultades del titular del *copyright* sobre una grabación audiovisual iban más allá de la mera reproducción.

Ahora bien, la CA de 1976 reconoció asimismo dos nuevos derechos exclusivos a los titulares del *copyright* sobre grabaciones sonoras: el de transformación y el de distribución –derechos que ya venían siendo reconocidos sobre las obras literarias, musicales y dramáticas en 1909.

Además, el primer borrador del Proyecto presentado en 1976 por el Senado incluía el derecho de comunicación pública de fonogramas, estableciendo un sistema remuneratorio similar al ya previsto para los autores y editores musicales<sup>1232</sup>. Ahora bien, pese al gran esfuerzo realizado por las federaciones americanas de músicos (AFM) y de artistas de la televisión y radio (AFTRA), el poder de presión de la Asociación Nacional de Radiodifusores (NAB), y las entidades que entonces ya gestionaban este derecho para los autores y editores musicales (ASCAP, BMI y SESAC) fue suficiente como para que el Congreso no apoyase la propuesta del Senado<sup>1233</sup> –que se quedó en un requerimiento al *Registro del Copyright*<sup>1234</sup> para que informara sobre la posibilidad de ampliar este derecho de comunicación pública a las grabaciones sonoras.

En 1978 el *Registro del Copyright* emitió un informe favorable al reconocimiento de este derecho<sup>1235</sup> y, sin embargo, el Congreso decidió no introducir reforma alguna en el CA de 1976 en este sentido.

---

<sup>1231</sup> *Non-home showing*.

<sup>1232</sup> El Senador SCOTT, Hugh, en su ponencia ante la Subcomisión de Patentes, Marcas y Copyright del Senado (Congreso 94º, 1975) declaró que el pago de la remuneración sería exigido “por la explotación comercial de música”, y que el importe a satisfacer por parte de los organismos de radiodifusión “vendría determinado por los ingresos publicitarios, remunerando tanto a los artistas como a los productores”.

<sup>1233</sup> La oposición de los radiodifusores a esta medida no precisa de aclaración, sencillamente se oponían a la posibilidad de tener que abonar una remuneración a los artistas y productores, adicional a la que ya venían pagando a otros colectivos (a los autores y editores musicales). Por su parte, las entidades de los autores y editores musicales temían que el reconocimiento de este derecho implicara tener que repartir la misma *tarta* entre más colectivos.

<sup>1234</sup> *Register of Copyrights*.

<sup>1235</sup> *U.S. Register of Copyrights, Report on Performance Rights in Sound Recordings*, H.R. Doc. No. 15, 95th Cong., 2d Sess. 1063 (1978): “Los radiodifusores y otros usuarios han venido comunicando [públicamente] grabaciones durante generaciones, sin contar con autorización ni realizar pago alguno. Los usuarios consideran el pago de derechos como una obligación inequitativa de naturaleza impositiva. En todo caso, cualquier carga económica que tuvieran que soportar los usuarios de grabaciones por su comunicación pública tendría un peso mucho menor que el de los beneficios comerciales directamente obtenidos del uso de grabaciones sonoras protegidas (...). Dejar a los creadores de las grabaciones sonoras [incluyendo a los artistas en esta categoría] sin protección o compensación ante un uso comercial tan extendido ya no puede encontrar justificación”.

#### **2.2.4.- El *Digital Performance Rights in Sound Recordings Act* de 1995, y el *Digital Millennium Copyright Act* de 1998.**

El advenimiento de la tecnología digital, que hizo posible la transmisión de obras a los hogares vía satélite, cable y/o redes interactivas de telecomunicaciones, generó una profunda preocupación a los titulares del *copyright* en grabaciones sonoras y audiovisuales, que defendieron la urgente necesidad de regular el nuevo entorno.

La presión ejercida en este sentido por los distintos titulares tuvo como primera consecuencia el proyecto de Ley presentado en 1993 por el Congreso de los EEUU que, aprobado dos años más tarde, vendría a llamarse *Ley de los Derechos de Comunicación Pública Digital en Grabaciones Sonoras* (*Digital Performance Rights in Sound Recordings Act*, en lo sucesivo DPRA). Este proyecto incluía, una vez más, un completo sistema remuneratorio a favor de los artistas y de los productores de fonogramas por la comunicación pública de tales grabaciones, pero, también una vez más, el interés de los organismos de radiodifusión prevaleció, privando a los artistas y productores de la protección inicialmente prevista en el proyecto. En todo caso, el DPRA, firmado por el Presidente Clinton en 1995, vino a reconocer a los productores y a los artistas cierto nivel de protección frente a los avances tecnológicos que estaban alterando los hábitos de consumo de la música. El Congreso se dio cuenta de que los servicios interactivos, que permitían a los usuarios de Internet acceder a grandes catálogos musicales, acarrearían una gran caída en las cifras de ventas de los fonogramas.

Por este motivo, el DPRA estableció el derecho de comunicación pública de fonogramas, limitándolo a medios digitales de transmisión sonora. Dicha norma clasifica la comunicación pública digital de grabaciones sonoras en tres categorías: (i) transmisiones con suscripción; (ii) transmisiones sin suscripción; y (iii) transmisiones a través de servicios interactivos.

En todo caso, el DPRA reconoce a los titulares del *copyright* sobre una grabación sonora el derecho exclusivo de autorizar (controlar) los distintos actos de explotación de dicha grabación a través de redes digitales interactivas.

En relación con los servicios digitales de transmisión no interactiva, sujetos a suscripción, el DPRA limitó el referido derecho exclusivo, estableciendo una licencia legal [o *derecho de*

remuneración a favor de los productores de fonogramas, como titulares del *copyright*, remuneración que éstos deben compartir con los artistas]<sup>1236</sup>.

Con ocasión de la proliferación de los servicios de radio a través de Internet, la *Ley del Copyright en el Milenio Digital (Digital Millennium Copyright Act*, en lo sucesivo DMCA), de 1998, amplió la anterior licencia legal a cualquier acto de comunicación pública realizado a través de medios digitales de transmisión no sujetos a suscripción.

Como resultado de lo anterior, en definitiva, los artistas en los EEUU reciben una remuneración cuando sus actuaciones incorporadas a un fonograma son explotadas a través de redes digitales de comunicación, pero no cuando esa misma grabación se transmite por ondas terrestres<sup>1237</sup>.

Un año más tarde, en 1999, los EEUU ratificaban el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 1996 (WPPT). El instrumento de ratificación depositado por el Gobierno de aquel país contenía, no obstante, la siguiente declaración: *Conforme al Artículo 15(3) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, los Estados Unidos aplicarán las disposiciones del Artículo 15(1) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas únicamente respecto de ciertos actos de radiodifusión y comunicación pública por medios digitales por cuya recepción se pague una remuneración directa o indirecta, y por otras transmisiones y comunicaciones de grabaciones sonoras digitales, tal y como prevé la ley de los Estados Unidos.*

Es decir, los EEUU acomodaron su instrumento de ratificación del WPPT y, por tanto, las obligaciones que de dicho Tratado se derivan<sup>1238</sup>, al sistema entonces vigente en aquel país, que, tras la DMCA de 1998, como hemos visto, limita el derecho de remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes a la comunicación pública de fonogramas a través de redes de transmisión digital.

Cumple advertir, en todo caso, que el CA estadounidense (i) no reconoce al artista como titular de este derecho, sino al productor del fonograma, como *copyright owner* o dueño del *copyright*; y (ii) no se trata de un derecho de remuneración como los que conocemos en España, sino de una

---

<sup>1236</sup> Conforme al DPRA, la remuneración es compartida por los productores del fonograma (50%), los artistas intérpretes (45%) y los artistas ejecutantes (5%).

<sup>1237</sup> Exclusión que se debió, una vez más, a la labor de presión desarrollada por la Asociación Nacional de Radiodifusores.

<sup>1238</sup> Conforme al artículo 15(1) del WPPT, cuya aplicación se ve limitada en los EEUU, *los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales.*

remuneración derivada de una licencia legal que limita el derecho exclusivo [del titular del *copyright*] a autorizar determinados actos de comunicación pública, remuneración que éste deberá compartir con los artistas a partes iguales.

Así, tras la reforma operada por el DMCA, el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de una grabación sonora (cuyo titular es el productor, como titular del *copyright*) se ve limitado cuando tales actos tienen lugar a través de medios digitales de transmisión sonora. En este caso la norma impone una licencia legal, pudiendo el usuario llevar a cabo dichos actos de explotación sin necesidad de contar con el consentimiento previo por parte del titular del *copyright*, pero debiendo abonar la cantidad que corresponda conforme al procedimiento establecido en la Sección 114 del CA, cuyo apartado (g)(2) establece *cómo* ha de ser distribuida dicha cantidad por el *agente*<sup>1239</sup>: 50% a favor del productor del fonograma (como titular del *copyright* sobre esa grabación); 2,5% a favor de los músicos ejecutantes<sup>1240</sup> (a través de un fondo administrado por quien a tales efectos designe la Federación Americana de Músicos, o AFM); otro 2,5% a favor de los cantantes o vocalistas ejecutantes<sup>1241</sup>, a través de otro fondo independiente, administrado por la persona que designe la Federación Americana de Artistas de la Radio y Televisión, AFTRA); y el restante 45% a favor de los artistas intérpretes<sup>1242</sup> en tales grabaciones.

La remuneración correspondiente a los productores (50%) y a los artistas intérpretes (45%) es recaudada y repartida por la misma entidad o *agente*, SOUNDEXCHANGE<sup>1243</sup>, que a su vez transfiere las cantidades correspondientes a los artistas ejecutantes (5%) a un fondo administrado conjuntamente por AFM y AFTRA<sup>1244</sup>.

### 2.2.5.- El vigente Título 17 del *United States Code*.

Retomando la cuestión objeto de análisis y comentario, y tras el somero repaso histórico expuesto sobre el marco legislativo en la materia que nos ocupa, arribamos finalmente a la norma en vigor hoy día en materia de *Copyright* en los EEUU, contenida en el Título 17 de su

---

<sup>1239</sup> A estos efectos, podríamos considerar al *agente* como una figura similar o análoga a la de las de entidades de gestión colectiva que conocemos en España, con las peculiaridades, claro está, propias de la normativa estadounidense. En el caso de las cantidades derivadas de la licencia legal por la comunicación pública de fonogramas en redes digitales de transmisión sonora, la entidad (o *agente*) encargada de su recaudación y reparto es SOUNDEXCHANGE - <http://www.soundexchange.com/>

<sup>1240</sup> *Nonfeatured musicians*

<sup>1241</sup> *Nonfeatured vocalists*

<sup>1242</sup> *Featured performers*

<sup>1243</sup> *Vid.* nota al pie núm. 34.

<sup>1244</sup> *The AFM & SAG-AFTRA Intellectual Property Rights Distribution Fund*

*Código (United States Code*, en lo sucesivo USC), que incluye el CA de 1976, y sus enmiendas posteriores – fundamentalmente la operada en 1998 por el DMCA.

El análisis del Título 17 del USC nos permitirá determinar el nivel de protección actualmente dispensado por el *Copyright* norteamericano a las interpretaciones audiovisuales, no sin antes dejar advertido que las diferencias entre dicho sistema y el español de *Derecho de autor*, que son más de forma que de fondo, no sólo se dan en materia de propiedad intelectual, sino en todo el campo del Derecho privado, tal y como se ha expuesto en la introducción al presente capítulo.

Así, y en materia de propiedad intelectual, no sólo el *Common Law* estadounidense determina la consideración de la doctrina jurisprudencial como fuente de derecho, a nivel tanto federal como estatal, sino que además, y hasta la reforma del CA en 1976, en los EEUU existió una dicotomía en la protección positiva de la propiedad intelectual: la dispensada por las normas federales – emanadas del Congreso por virtud de la citada cláusula constitucional (CA de 1790 y sus sucesivas reformas)–, y la dispensada a nivel estatal por la normativa propia de cada Estado de la Unión.

Hasta la reforma de 1976, dicha dicotomía en la regulación del *Copyright* se articulaba de la siguiente manera: las obras, desde su creación y hasta su publicación, estaban protegidas por la normativa estatal y, a partir de ese momento –de la publicación, conforme a los requisitos formales de inscripción y depósito<sup>1245</sup>–, era la norma federal la que dispensaba la protección pertinente.

Ahora bien, la Sección 301(a) CA, tras la reforma de 1976, determinó la terminación de dicha dicotomía, pues vino a establecer la abrogación o derogación del *Common Law* y del derecho estatal en materia de *Copyright*, con efectos a partir del 1 de enero de 1978, fecha a partir de la cual la normativa estatal (y jurisprudencial) en esta materia cedía toda su vigencia a favor de la regulación federal. En todo caso, para que dicha abrogación surta efectos (para privar de eficacia a la normativa estatal), los derechos previstos por el *Common Law* y por las normas positivas del Estado de que se trate han de ser *equivalentes* a los derechos exclusivos reconocidos por la norma federal y la obra en cuestión, además, ha de cumplir con los requisitos de protección previstos en esta última.

---

<sup>1245</sup> *Vid.* nota al pie núm. 1225.

Efectivamente, la Sección 301(b) CA dispone que *ninguna disposición de este título* [el 17 del USC] *anula o limita cualquier derecho o reparación previstos en el Common Law o en las leyes de cualquier Estado en relación con (1) material que no sea objeto de protección [de copyright] conforme a las secciones 102 y 103, incluidas las obras de autoría no fijadas en cualquier medio o expresión tangible; o (2) cualquier reclamación derivada de tareas comenzadas antes del 1 de enero de 1978; o (3) actividades que violen derechos equitativos o legales que no sean equivalentes a cualquiera de los derechos exclusivos dentro del ámbito general del copyright según especifica la Sección 106; o (...).*

En todo caso, la abrogación de la normativa estatal facilita nuestra labor, toda vez que habremos de centrarnos exclusivamente en la norma federal, es decir, en las disposiciones contenidas en el vigente Título 17 del USC –lo cual no significa que no debamos prestar atención a la jurisprudencia emanada de los Tribunales estadounidenses (especialmente los de ámbito federal, cuya labor interpretativa del CA es, como ya hemos dicho, fuente del Derecho).

Por tanto, y con carácter previo al análisis de la regulación concreta de la figura del artista intérprete o ejecutante en la legislación norteamericana, cumple traer a colación las siguientes definiciones contenidas en la Sección 101 del USC:

- ***Obra Audiovisual:*** aquella obra que, consistiendo en una serie de imágenes relacionadas, está intrínsecamente destinada a ser exhibida a través de máquinas o dispositivos tales como proyectores, visores o equipos electrónicos, con o sin sonidos de acompañamiento, y con independencia del material empleado, películas o cintas, para su fijación.
- ***Copias:*** son objetos materiales, distintos a un fonograma, en los que la obra queda fijada por cualquier método conocido o por conocer, y de los que la obra puede ser percibida, reproducida o comunicada<sup>1246</sup> en cualquier otra forma, tanto directamente como con ayuda de una máquina o dispositivo. El término *copia* incluye el objeto material, distinto del fonograma, en el que la obra se fija por primera vez<sup>1247</sup>.
- ***Titular del copyright,*** respecto a cualquiera de los derechos exclusivos que conforman el *Copyright*, se refiere al titular de dicho derecho en particular.

---

<sup>1246</sup> Por *comunicada* no debemos entender la comunicación pública regulada en los ordenamientos de la Europa continental – cuyo equivalente en los EEUU sería la *representación pública* (*public performance*)–, sino cualquier forma de hacer llegar la obra al público, lo que incluye tanto la distribución de ejemplares como la comunicación pública.

<sup>1247</sup> No cabe, pues, hablar de ejemplar original y copias del mismo.

- Una obra es **creada** cuando es fijada por vez primera en una copia o en un fonograma; cuando la obra es preparada durante un periodo de tiempo, la porción de ella que ha sido fijada en cualquier momento constituye la obra de ese tiempo, y cuando la obra ha sido preparada en distintas versiones, cada versión constituye una obra separada.
- **Obra derivada** es aquella basada en otra u otras preexistentes, como por ejemplo una traducción, un arreglo musical, la dramatización, la versión cinematográfica, etc.
- **Obra colectiva** es la obra en la que varias contribuciones, teniendo cada una de ellas la consideración de obra independiente, se funden en una creación única –se citan como ejemplos las publicaciones periódicas, antologías y enciclopedias.
- **Obra conjunta**<sup>1248</sup> es aquella obra realizada por dos o más autores con la intención de que sus contribuciones se fusionen en partes inseparables o interdependientes de una totalidad unitaria. Como puede observarse, la obra conjunta se corresponde con la obra en colaboración prevista en el art. 7 TRLPI (*la obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores*), siendo un ejemplo claro y determinante la obra audiovisual, en la que se funden las contribuciones creativas de varios autores (o es el *resultado unitario* de tales contribuciones). Cuestión distinta, y sobre la que volveremos más adelante, es quién tiene la consideración de autor de tales obras.
- *Fotos en movimiento* u **Obra cinematográfica**<sup>1249</sup> es aquella obra audiovisual consistente en una serie de imágenes relacionadas que, cuando se muestran en sucesión, dan la impresión de movimiento, con o sin sonidos de acompañamiento.

## 2.3.- Objeto, contenido y titularidad del *copyright*.

### 2.3.1.- Objeto.

De manera similar al art. 10.1 de la Ley española de Propiedad Intelectual<sup>1250</sup>, establece la Sección 102(a) USC que *la protección del Copyright subsiste, de conformidad con este título, en*

<sup>1248</sup> *Joint work.*

<sup>1249</sup> *Motion picture.*

<sup>1250</sup> Efectivamente, dispone el art. 10.1 TRLPI que *son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente*

*las obras originales de autoría fijadas en cualquier medio tangible de expresión, actualmente conocido o desarrollado en el futuro, a partir del cual puedan ser percibidas, reproducidas, o comunicadas de cualquier otra forma, tanto directamente como con la ayuda de una máquina o dispositivo. Las obras de autoría incluyen las siguientes categorías: (1) obras literarias; (2) obras musicales, incluidas cualesquiera palabras de acompañamiento; (3) obras dramáticas, incluida cualquier música de acompañamiento; (4) pantomimas y obras coreográficas; (5) obras pictóricas, gráficas y escultóricas; (6) fotografías en movimiento<sup>1251</sup> y otras obras audiovisuales; (7) grabaciones sonoras; y (8) obras arquitectónicas.*

Es decir, para que una obra se encuentre protegida por el *Copyright* aquélla ha de ser, en primer lugar, original –en los mismos términos e idéntico alcance que prevé el art. 10 de la Ley española de Propiedad Intelectual. Además, ha de ser una *obra de autoría*, es decir, fruto del ingenio o espíritu creativo humano. En definitiva, han de tener uno o varios autores. Para mayor claridad, el propio precepto establece, a modo de ejemplo (*numerus apertus*), un listado de obras que tienen dicha consideración, tales como las literarias, musicales, dramáticas, audiovisuales, etc.

En todo caso, la obra ha de estar *fijada* en cualquier medio tangible, inventado o por inventar, que permita su percepción (leer, ver, escuchar), reproducción o comunicación. Nótese que el CA, a diferencia del TRLPI y demás leyes sobre Derecho de autor de corte continental<sup>1252</sup>, exige la *fijación* y no la mera expresión. Por tanto, una obra improvisada (expresada) pero no fijada, no goza de *Copyright* en los EEUU –al menos a nivel federal, puesto que a nivel estatal, el *Common law* sí puede proteger las obras antes de su fijación<sup>1253</sup>, sin que dicha protección se vea alterada por las disposiciones [federales] del CA. Recuérdese que a este respecto la Sección 301(b) USC

---

*en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a) los libros (...), b) las composiciones musicales (...), c) las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías (...) y, en general, las obras teatrales, d) las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales, e) las esculturas y las obras de pintura, dibujo (...) y las demás obras plásticas (...) f) los proyectos, planos (...) obras arquitectónicas y de ingeniería, g) los gráficos, mapas (...), h) las obras fotográficas (...), i) los programas de ordenador.*

<sup>1251</sup> El CA (Sección 101) define las *fotografías en movimiento* (en inglés, *motion pictures*) como obras audiovisuales consistentes en una serie de imágenes relacionadas que, cuando se muestran en sucesión, imparten una impresión de movimiento, junto con sonidos de acompañamiento, en su caso.

<sup>1252</sup> Así, el art. L112-1 del Code de la Propriété Intellectuelle (Francia): *Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination*; el art. 1.1 de la Legge sulla Protezione del Diritto d'Autore e di altri Diritti Connessi al suo esercizio (Italia): *sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*; o el art. 1 de la Ley chilena sobre Propiedad Intelectual: *la presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquier que sea su forma de expresión (...).*

<sup>1253</sup> Por ejemplo, el Código Civil de California, sección 980(a)(1): *El autor de cualquier obra original de autoría que no esté fijada en cualquier medio de expresión tangible tiene la titularidad exclusiva en su representación o expresión, oponible frente toda persona excepto aquélla que original e independientemente haya creado la misma obra o similar. Una obra se considerará no fijada cuando no esté incorporada en un medio de expresión tangible o cuando su incorporación en un medio de expresión tangible no es lo suficientemente permanente o estable como para permitir ser percibida, reproducida, o comunicada de cualquier manera durante un periodo de mayor duración que transitoria, tanto directamente como con la ayuda de una máquina o dispositivo.*



impide la abrogación de los derechos previstos por el *Common law* estatal en relación a los contenidos no protegidos a nivel federal, *incluidas las obras de autoría no fijadas en cualquier medio o expresión tangible*. En este sentido, el Comité Judicial del Congreso estadounidense, en su informe de 3 de septiembre de 1976<sup>1254</sup>, advierte que “la sección 301(b) preserva explícitamente la protección del *Copyright* a través del *Common law* a una clase importante de obras: las obras que no han sido fijadas en cualquier medio tangible de expresión (...) incluyendo una coreografía que nunca haya sido filmada o anotada, un discurso extemporáneo, obras originales de autoría comunicadas únicamente a través de conversaciones o emisiones en directo, y un sketch dramático o composición musical improvisada o desarrollada de memoria y sin ser grabada o escrita”.

### **2.3.2.- Contenido.**

En cuanto al contenido del *copyright* reconocido a tales obras cumple advertir en primer lugar que el Título 17 del USC no reconoce derecho moral alguno, al menos tal y como los conocemos en la Europa continental. Ahora bien, si acudimos al *Common law* o a la doctrina jurisprudencial, podremos observar el reconocimiento de una amplia gama de principios que reconocen al autor (así como al artista intérprete o ejecutante) una serie de derechos con atributos o características comunes a las del derecho de paternidad y de integridad, pero con los matices propios de un sistema basado en la concepción *comercial* de la propiedad intelectual.

Por tanto, el *copyright* o, con mayor precisión, su contenido, se concreta en una serie de derechos exclusivos de carácter patrimonial<sup>1255</sup> que, en definitiva, reconocen a su titular la facultad de controlar la explotación *comercial* de su obra – ésta es, al fin y al cabo, la principal diferencia entre un sistema inspirado en el *Copyright* y otro basado en el Derecho de autor: en ambos casos se persigue incentivar la creación mediante el reconocimiento de determinados derechos a los creadores, pero mientras que en los sistemas de Derecho civil se parte de una concepción espiritualista (protección del creador), los países del *Common Law* conciben las obras del ingenio como mercancías objeto de negocio, asegurando por tanto a su creador la comercialización de las mismas.

---

<sup>1254</sup> *Copyright Law Revision* (House Report No. 94-1476, p. 131) – *House Reports*, o informes emitidos por los distintos comités del Congreso en relación con propuestas legislativas. En el caso del CA, esta labor corresponde, generalmente, al Comité Judicial o *Committee on the Judiciary*.

<sup>1255</sup> Sometidos a una serie de límites, tanto materiales como temporales, que exceden del objeto del presente estudio.

En idéntico sentido se pronuncia, entre otros, ESTEVE GONZÁLEZ, al señalar como primera diferencia entre ambos sistemas que el del *Copyright* “está fundamentado básicamente en consideraciones económicas, mientras que el sistema de *Derecho de autor* está vinculado a los derechos de la personalidad”<sup>1256</sup>.

En este orden de cosas, son cinco los derechos exclusivos que integran el *copyright* -o, con mayor precisión, son cinco los actos de explotación que, sobre una obra, el titular<sup>1257</sup> del *copyright* puede llevar a cabo o autorizar-: su reproducción, su transformación, su distribución, su comunicación pública y su exposición pública.

Así, conforme a la Sección 106 CA, *el propietario del copyright bajo este título tiene los derechos exclusivos de realizar y autorizar cualquiera de los siguientes: (1) reproducir la obra protegida en copias o fonogramas; (2) preparar obras derivadas basadas en la obra protegida; (3) distribuir al público copias o fonogramas de la obra protegida, mediante venta u otra transferencia de la propiedad, o mediante alquiler, arrendamiento, o préstamo; (4) en el caso de obras literarias, musicales, dramáticas, y coreográficas, pantomimas, y obras cinematográficas y otras obras audiovisuales, comunicar públicamente la obra protegida; (5) en el caso de obras literarias, musicales, dramáticas, y coreográficas, pantomimas, y obras pictóricas, gráficas, o esculturales, incluidas las imágenes individuales de una obra cinematográfica u otra obra audiovisual, exponer públicamente la obra protegida; y (5) en el caso de grabaciones sonoras, comunicar públicamente la obra protegida a través de transmisiones digitales de audio.*

### **2.3.3.- Titularidad.**

Conformado e integrado el *copyright* por el conjunto de facultades y derechos que otorgan a su titular el dominio sobre la obra objeto de protección, la Sección 201 USC establece a quién corresponde su titularidad –esto es, a quien corresponde el ejercicio de dichas facultades y derechos.

Así, su apartado (a) dispone que *el copyright de una obra protegida bajo este Título le es conferido inicialmente al autor o autores de la obra.*

---

<sup>1256</sup> ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia, *Aspectos internacionales*, óp. cit., pág. 6.

<sup>1257</sup> Con mayor precisión diremos que el CA no habla de titularidad, sino de *propiedad*. Así, el titular de los derechos es, conforme al CA, el *propietario de los derechos* (*right owner*).

Ahora bien, en relación con las obras realizadas por encargo (*works made for hire*), el apartado (b) de este mismo precepto reconoce, salvo pacto expreso en contra, la titularidad del *copyright* al empresario o empleador por cuya cuenta la obra fue elaborada, considerándolo, en todo caso y a los efectos del Título 17 USC, *autor* de la misma. Esta doctrina, sobre la que volveremos más adelante, tiene un claro impacto sobre las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, sobre todo por la consideración de éstas como obras realizadas por encargo –con el consiguiente reconocimiento del *copyright* sobre las mismas al productor.

Sin pretender anticipar debate alguno en torno al significado de la doctrina de las obras realizadas por encargo, sí parece necesario traer a colación la figura del artista intérprete o ejecutante en el *Copyright* estadounidense, lo que nos permitirá medir con mayor exactitud el alcance y efectos de la consideración de las obras cinematográficas y demás audiovisuales como obras realizadas por encargo.

## **2.4.- La figura del artista intérprete o ejecutante en el *Copyright* estadounidense. La interpretación como obra *original* susceptible de protección.**

La Sección 101 CA no ofrece definición alguna de *artista intérprete o ejecutante*, pese a referirse a los mismos siquiera en relación con la licencia legal a que queda sometida la comunicación pública de fonogramas a través de redes digitales de transmisión sonora<sup>1258</sup>.

La única definición que podemos encontrar a este respecto es la referida a la interpretación de la obra, que no a su intérprete. Así, por *interpretar*<sup>1259</sup> una obra se entiende la actividad de *recitarla, representarla, interpretarla, bailarla o actuarla, directamente o mediante cualquier dispositivo o proceso o, en el caso de una película cinematográfica u otra obra audiovisual, mostrar cualquiera de sus imágenes en cualquier secuencia o hacer audibles los sonidos que la acompañan*<sup>1260</sup>.

---

<sup>1258</sup> Vid. anterior epígrafe 2.2.4, sobre el *Digital Performance Rights in Sound Recordings Act* de 1995, y el *Digital Millennium Copyright Act* de 1998.

<sup>1259</sup> Del inglés *perform*, que también puede ser traducido como *representar*.

<sup>1260</sup> *To perform a work means to recite, render, play, dance, or act it, either directly or by means of any device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show its images in any sequence or to make the sounds accompanying it audible.*

De este modo, el USC no solo no establece qué ha de entenderse por *artista intérprete o ejecutante*<sup>1261</sup>, sino que además define la *interpretación* como una actividad no necesariamente humana ni exclusivamente ligada al artista, sino como la acción de *comunicar* la obra, ya sea a través de la interpretación personal o humana (a cargo del artista, *v.gr.* representación teatral), o bien mediante un proceso mecánico (*v.gr.* exhibición cinematográfica).

Por su parte, y entendida la *interpretación* como la acción de *comunicar* la obra, el USC define la *comunicación pública* – *to perform or display a work publicly* –, en la misma Sección 101, como: (i) la representación de la obra en un lugar abierto al público o al que pueda acceder un número sustancial de personas ajenas al círculo familiar; o (ii) la transmisión o comunicación de la obra en uno de tales lugares o al público en general, a través de cualquier medio y proceso, de tal modo que el público pueda acceder al contenido en el mismo o distintos lugares, al mismo tiempo o en momentos distintos.

Este concepto de comunicación pública arroja más claridad, si cabe, a la definición expuesta de *interpretación* (como acción de *comunicar* la obra), en la que no tiene cabida la figura del artista que interpreta o ejecuta salvo en los casos de interpretación [*comunicación*] personal y directa, esto es, las actuaciones *en vivo*.

Consabida además la ausencia de previsión alguna en relación con los artistas intérpretes o ejecutantes como posibles titulares de derechos<sup>1262</sup>, no cabe sino concluir que la norma federal estadounidense en materia de propiedad intelectual no otorga un estatuto particular y propio a los artistas intérpretes o ejecutantes –a diferencia de lo que ocurre en aquellos países en los que, como España, rige el sistema continental de Derecho de autor, regulando expresamente la figura del artista intérprete o ejecutante como titular de derechos, siquiera como derechos *afines*, *conexos* o *vecinos*<sup>1263</sup> a los del autor.

---

<sup>1261</sup> Laguna que en todo caso suple el WPPT, ratificado por los EEUU y que sí define al artista intérprete o ejecutante en su art. 2(a).

<sup>1262</sup> Más allá de su participación en los rendimientos derivados de la licencia legal a que queda sometida la comunicación pública de fonogramas a través de redes digitales de transmisión sonora.

<sup>1263</sup> Por motivos históricos, en los países de Derecho civil, el derecho de los artistas no es más que un derecho *afín*, *vecino* o *conexo* al Derecho de autor. La Convención de Roma consagra este fenómeno, que carece de fundamento jurídico y económico, pero que sin embargo encuentra cierto apoyo técnico en parte de la doctrina: puesto que el artista se limita a interpretar o ejecutar la obra, (i) la creación es anterior a la interpretación o ejecución, y (ii) los derechos del artista están limitados a esa obra, como marco preexistente. El postulado del que parte este silogismo es erróneo y, por tanto, la conclusión alcanzada. El artista, con su interpretación, está creando, pues son cosas distintas la obra preexistente (en cuya creación, efectivamente, el artista no participó), y la obra que resulta de la aportación personal de varios creadores, entre ellos el artista. En otras palabras: no es lo mismo el guión de una obra cinematográfica, que la obra cinematográfica.

Pese a dicho vacío, la jurisprudencia viene considerando a los artistas como coautores (*joint authors*) de las obras interpretadas o ejecutadas. Así, el Tribunal Supremo de Pensilvania, al resolver en 1937 el asunto de *Waring vs WDAS Broadcasting Station*<sup>1264</sup>, declaró que es el intérprete el que consume la obra, transformándola en imagen y sonido, y que al hacerlo “contribuye a crear algo nuevo de valor intelectual o artístico, participando sin ningún género de dudas en la creación de un producto sobre el que tiene un derecho de propiedad”<sup>1265</sup>.

Del mismo modo, el Segundo Circuito de Apelaciones de los EEUU, en su sentencia de 12 de abril de 1955 (*Capitol Records vs Mercury Records Corporation*<sup>1266</sup>) estima el carácter creativo de toda interpretación musical. Resulta especialmente interesante el *voto particular* del Juez L. HAND: “Yo también considero que la interpretación o representación de una composición musical es un *escrito*<sup>1267</sup> en los términos del artículo I, §8 de la Constitución, separado de, y adicional a, la *composición* misma. [De ello] se sigue que el Congreso podría reconocer al artista el *copyright* sobre ella [su interpretación], en cuanto que fijada en un soporte capaz de ser copiado (...). Una partitura musical con su notación ordinaria no determina toda la actuación, ciertamente no cuando es cantada o interpretada con un instrumento de cuerda o de viento. [La interpretación del artista contiene] armónicas y sobre-tonos que no aparecen en la partitura (...) el artista tiene un amplio margen, dependiendo de su talento, y hace de su interpretación algo tan original como la composición misma (...), y ello determina que haya de ser protegida. Ahora que es posible capturar esas contribuciones del artista individual en un objeto físico que puede ser fabricado para su reproducción, no debería existir duda sobre su enmarque en la Cláusula de *Copyright* de la Constitución”.

Cumple advertir que la jurisprudencia dictada a este respecto es de vital importancia, toda vez que el Comité Judicial del Congreso estadounidense, en su precitado informe de 3 de septiembre de 1976<sup>1268</sup>, se remite a ella, al menos para determinar la condición de *originalidad*: “los dos criterios fundamentales para la protección del *copyright* -originalidad y fijación en un medio tangible- se reafirman en la primera frase de esta disposición<sup>1269</sup> básica. La frase *obras originales*

---

<sup>1264</sup> *Waring vs. WDAS Broadcasting Station*, 194A. 631 (Pa. 1937).

<sup>1265</sup> *Id.*, en 634-635.

<sup>1266</sup> *Records Inc. vs. Mercury Records Corp.*, 221 F2d 657 (2d Cir.1955).

<sup>1267</sup> Nótese que el Magistrado considera que la interpretación es un *escrito* (del inglés *writings*) en los términos del artículo I, §8 de la Constitución Federal de los EEUU. La interpretación extensiva que los Tribunales estadounidenses han venido haciendo de este concepto de *escrito* [por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Goldstein vs. California*, 412 U.S. 546 (1973), conforme a la cual los *writings* incluyen toda rendición física de los frutos de una labor creativa o estética] determinó que la Comisión Redactora de la Ley de 1909 no estimara necesario sustituir el término de *escrito* por el de *obra* -sustitución que finalmente tuvo lugar con ocasión de la reforma de 1976.

<sup>1268</sup> House Report No. 94-1476 (*Copyright Law Revision*) –*Vid.* nota al pie núm. 1254.

<sup>1269</sup> Sección 102(a) CA.

*de autoría*, que se mantiene indefinida a propósito, tiene por objeto incorporar sin cambios el estándar de originalidad establecido por los tribunales”<sup>1270</sup>.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en *CCNV vs. Reid* (1989), declaró que “como norma general, el autor es la parte que crea efectivamente la obra, es decir, la persona que convierte una idea en una expresión fijada, tangible, objeto de protección”<sup>1271</sup>. A juicio de DOUGHERTY, sin embargo, esta sentencia puede llevar a confundir *autoría* y *fijación*, y sugiere una definición alternativa de autor, como “la persona que convierte una idea en una expresión”<sup>1272</sup>.

Además, el propio DOUGHERTY sugiere que el hecho de que las obras coreográficas y pantomímicas puedan ser consideradas “obras de autoría”, conforme a la sección 102(a)(4) CA], “implica que la interpretación de un actor pueda ser una obra de autoría, puesto que la actuación significa movimiento, posturas y gestos, análogos a las pantomimas y coreografías protegibles”.

Lo cierto es que incluso antes de la inclusión de tales formas de interpretación el ámbito de la Sección 102(a) CA, la doctrina ya venía sosteniendo que las mismas bien pudieran ser objeto de protección, al menos cuando fueran “suficientemente dramáticas”<sup>1273</sup>, entendiéndose por tales aquéllas en las que el movimiento (del actor) “cuenta una historia, retrata un carácter, representa una emoción o en cualquier otro caso expresa un concepto dramático o idea” –así lo deduce VARMER<sup>1274</sup> de las primeras sentencias dictadas en los EEUU a este respecto [de finales del siglo XIX y principios del siglo XX], esencialmente de *Fuller vs. Bemis*<sup>1275</sup>, en el que la demandante (una bailarina) reclamaba el *copyright* sobre la descripción escrita de su interpretación, pero que el Circuito del Distrito Sur de Nueva York rechazó, al estimar que dicho baile no era una composición suficientemente *dramática*: “un examen de la descripción de la danza de la demandante, sobre la que reclama el *copyright*, muestra que el fin perseguido y logrado era únicamente divisar una serie de movimientos elegantes, combinados con un arreglo atractivo de paños, luces y sombras, sin contar una historia, retratar un carácter o representar una emoción”, y “los movimientos aquí descritos y practicados representan, y estaban destinados a representar, al espectador ninguna otra idea más allá de una mujer atractiva ilustrando la poesía

---

<sup>1270</sup> House Report No. 94-1476 (*Copyright Law Revision*), pág. 51: “The two fundamental criteria of copyright protection – originality and fixation in tangible form – are restated in the first sentence of this cornerstone provision. The phrase *original works of authorship*, which is purposely left undefined, is intended to incorporate without change the standard of originality established by the courts”.

<sup>1271</sup> *Community for Creative Non-Violence vs. Reid*, 490 U.S. 737 (1989).

<sup>1272</sup> DOUGHERTY, F. Jay, *Not a Spike Lee Joint*, *op. cit.*, pág. 241.

<sup>1273</sup> Así, GOLDSTEIN, Paul, *Goldstein on Copyright op. cit.*, pág. §2.10; y NIMMER, Melville B. y NIMMER, David, *Nimmer on Copyright, op. cit.*, pág. §2.07[B].

<sup>1274</sup> VARMER, Borge, *Copyright in Choreographic Works, op. cit.*, pág. 95.

<sup>1275</sup> *Fuller vs. Bemis*, 50 Fed. 926 (C.C.S.D.N.Y. 1892).

del movimiento de una manera especialmente elegante. Dicha idea puede ser gratificante, pero difícilmente puede ser denominada dramática” –a *sensu* contrario, insiste VARMER, “parece claro que una danza original que cuente una historia (...) que retrate un carácter o represente una emoción podrá ser calificada de composición dramática y, como tal, susceptible de *copyright*”.

Efectivamente, pero en relación con la interpretación muda de un actor, en *Kalem Co. vs. Harper Bros.*<sup>1276</sup>, el Tribunal Supremo sostuvo que la acción en una obra cinematográfica muda era una dramatización, y que “el drama se puede lograr tanto por la acción como por el diálogo; la acción puede contar una historia, mostrar todas las relaciones más vitales entre los hombres, y representar toda suerte de emociones humanas, sin la ayuda de una sola palabra; sería imposible negar la categoría de drama a la pantomima interpretada por maestros del arte [los actores]”.

Ahora bien, todo debate jurisprudencial a este respecto quedó superado con ocasión de la precitada reforma del CA en 1976, al incluirse, como hemos dicho, la pantomima y las obras coreográficas en el ámbito de las obras protegibles conforme a su Sección 102(a). Y ello, además, con la intención de proteger “todas las formas de coreografía”, tal y como puede verse en el precitado informe del Comité Judicial del Congreso estadounidense<sup>1277</sup> –si bien, como señala NIMMER, “el movimiento [la interpretación] ha de ser original, expresivo y mínimamente creativo, y debe aparecer fijado en un medio tangible de expresión”<sup>1278</sup>.

Por tanto, y acudiendo a las definiciones de pantomima y coreografía que ofrece el *Copyright Office* estadounidense en su *Compendio*, a saber: “el arte de imitar o representar [actuar] situaciones, caracteres o cualesquiera otros eventos con gestos y movimientos del cuerpo” y “la composición y disposición de movimientos y patrones de danza; (...) sucesiones estáticas y cinéticas de movimientos corporales en determinadas relaciones rítmicas y espaciales”, respectivamente, DOUGHERTY, concluye afirmando que “en la medida en que lo que el actor añade a la obra cinematográfica es un movimiento, postura y gesto original y expresivo, [su interpretación] debería ser considerada protegible por el *copyright*, por analogía a la pantomima y a la coreografía”<sup>1279</sup>.

---

<sup>1276</sup> *Kalem Co. vs. Harper Bros.*, 222 U.S. 55 (1911).

<sup>1277</sup> House Report No. 94-1476 (*Copyright Law Revision*) – pág. 52.

<sup>1278</sup> NIMMER, Melville B. y NIMMER, David, *Nimmer on Copyright*, *óp. cit.*, pág. §2.07[C], que a este respecto citan el precitado Informe del Comité Judicial (House Report No. 94-1476), en cuya pág. 54 se dice que “las obras coreográficas no incluyen pasos de danza sociales ni simples rutinas”.

<sup>1279</sup> DOUGHERTY, F. Jay, *Not a Spike Lee Joint?*, *óp. cit.*, pág. 304.

Y es *eso que añade* el actor lo que el Tribunal Supremo de Pensilvania, en el precitado asunto *Waring vs WDAS Broadcasting Station*<sup>1280</sup>, identifica como “nueva creación”, con “valor intelectual o artístico” y, por tanto, susceptible de protección.

Efectivamente, si el actor no añadiese nada, sino que se limitara a seguir el guión y las instrucciones del director, su interpretación no sería ni tan siquiera original. Se trata, entonces, de identificar que es *eso que añade* el actor con su interpretación, y es que del mismo modo que varios pintores no realizarán el mismo retrato por más que el modelo sea el mismo, dos actores no interpretarán de la misma manera un mismo papel. Y la diferencia no viene dada por el mayor o menor detalle del guión o de las instrucciones del director, sino por su distinta impronta personal.

Ya en el siglo XVIII, DIDEROT se formulaba la siguiente pregunta: “¿Y cómo podría un papel ser representado del mismo modo por dos actores diferentes, ya que en el escritor más claro, más preciso, más enérgico, las palabras no son ni pueden ser sino signos aproximados de un pensamiento, de un sentimiento, de una idea; signos cuyo valor han de completar el movimiento, el gesto, la entonación, el rostro, la mirada, las circunstancias del momento?”<sup>1281</sup>.

La respuesta a esta pregunta lleva irremediablemente a las conclusiones del Tribunal Supremo de Pensilvania en *Warin vs. Broadcasting Station*<sup>1282</sup>, que vienen a confirmar que el actor, con su gesto, con su entonación, con sus pensamientos, con su expresión, crea el *alma* de los personajes. Y ese *alma* no se encuentra en el guión, ni en las instrucciones del director, sino que pertenece al actor, convirtiendo su interpretación en una creación original, única y personal, digna de protección.

De una manera menos poética, si se prefiere, varias organizaciones de actores<sup>1283</sup>, en un reciente escrito<sup>1284</sup> dirigido al Noveno Circuito de Apelaciones (en el asunto *C.L. García vs. Google Inc.*), sostuvieron que “generalmente, cada actor añade algo nuevo al carácter que interpreta. Google y sus *amici* argumentan que el actor es básicamente una marioneta –un autómatas que meramente hace lo que le ordena el director, leyendo las palabras que escribe el guionista (...)

---

<sup>1280</sup> *Vid.* nota al pie núm. 1264.

<sup>1281</sup> DIDEROT, Denis, *La paradoja del comediante*, traducido por Ricardo Baeza. Ed. Calpe, Madrid, 1920, pág. 37.

<sup>1282</sup> *Waring vs. WDAS Broadcasting Station*, 194A. 631 (Pa. 1937).

<sup>1283</sup> La Federación Internacional de Actores (FIA) y los sindicatos estadounidense, canadiense, británico, australiano y sudafricano de actores (SAG-AFTRA, ACTRA, EQUITY UK, MEAA, SAGA, respectivamente), entre otros.

<sup>1284</sup> *Brief of Amici Curiae*, de fecha 5 de diciembre de 2014, presentado ante el Noveno Circuito de Apelaciones en el asunto 12-57302 (*C.L. García vs. Google Inc.*) –disponible en <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/general/2014/12/09/12-57302%20Amicus%20by%20SAG.pdf>



pero éste, claramente, no es el caso. El actor imbuye de originalidad al personaje”. A este respecto, y a título de ejemplo, las precitadas organizaciones traen a colación “los varios actores que han interpretado el personaje de Batman en la gran pantalla”, afirmando que “cada actor contribuyó con algo distinto a su interpretación del personaje, de tal suerte que, incluso con la máscara y el traje, la interpretación de Christian Bale se diferencia de la de Michael Keaton, o de Val Kilmer, o de George Clooney o incluso de Adam West en sus apariciones en televisión. Y el reciente casting de Ben Affleck para interpretar el papel ha encendido un debate considerable entre los fans del personaje. Y el némesis de Batman, el Joker, ofrece un ejemplo de actor al que se le ofrece un amplio margen para crear su personaje. En una entrevista antes de su fallecimiento, Heath Ledger<sup>1285</sup> explicó cómo dedicó un mes tratando de *encontrar* la personalidad del Joker, y cómo el director de la obra le dio libertad para ello”. Y concluyen afirmando que “si un actor no añadiera suficiente originalidad a la interpretación, sencillamente carecería de importancia a qué actor contrata cada estudio. Los Premios de la Academia [los Oscar], los Globos de Oro y los SAG Awards carecerían de relevancia. Pero es indiscutible que todo ello no es cierto; obviamente los actores son valorados por su interpretación y por la originalidad que añaden a su papel. El actor dota al guión de una expresión original que representa emoción y da vida al personaje”.

Sentado lo anterior, y pese a la abundante doctrina, jurisprudencial y científica, que reconoce el indudable valor creativo de las contribuciones de los artistas, lo cierto es que la legislación federal estadounidense en materia de propiedad intelectual no se detiene en analizar si tales contribuciones o, con mayor precisión, los artistas como tales han de tener reconocido *copyright* o no. Cuestión ésta que, además y a mayor abundamiento, resultaría en este caso baladí, pues, como veremos más adelante, el *copyright* sobre la obra audiovisual pertenece, en su integridad, al productor.

## **2.5.- La protección de las interpretaciones audiovisuales en los EEUU.**

### **2.5.1.- Aspectos generales y comunes.**

Ya hemos advertido que los artistas intérpretes o ejecutantes carecen de estatuto particular y propio en el *Copyright* estadounidense, sin que ello signifique que carezcan de reconocimiento jurisprudencial, incluso a nivel creativo –como coautores o *joint authors*– o de derechos de otra

---

<sup>1285</sup> El actor que interpretó al Joker en *The Dark Knight* (“El caballero oscuro”) – interpretación por la que fue galardonado en 2008 con varios premios como mejor actor de reparto, entre otros el Oscar, el Globo de Oro, el SAG Award y el BAFTA.

naturaleza distinta a la de los que integran el *copyright* (derechos exclusivos), ya sean de índole laboral, contractual o de la personalidad, tanto a nivel estatal como federal.

Para poder determinar qué derechos corresponden al artista por sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales se antoja necesario, pues, acudir a la práctica contractual del sector audiovisual, así como a la jurisprudencia y normativa estatal.

Ahora bien, con carácter previo a dicho análisis, y en aras de una mejor comprensión de la protección dispensada en los EEUU a las interpretaciones audiovisuales, es preciso recordar el carácter *cuasi* exclusivamente *mercantil* que en aquel país tiene la propiedad intelectual (en contraposición a la base *personalísima* que inspira la regulación de esta materia en la Europa continental). De dicho carácter se deriva, entre otras consecuencias, que la consideración de autor sea reconocida, no a quien *crea* la obra, sino a quien tiene atribuidos los derechos sobre la misma, y que, cuando así lo exige el mercado, no se establezca una presunción de cesión de tales derechos a favor del productor<sup>1286</sup>, sino que, desde el CA de 1909<sup>1287</sup>, se le venga considerando *autor* de la obra.

Efectivamente, el productor de la obra audiovisual es considerado *autor* de la misma, ostentando –salvo pacto en contrario– todos los derechos exclusivos que integran el *copyright* sobre dicha creación. Por tanto, y en definitiva, la protección efectivamente dispensada al artista por sus interpretaciones audiovisuales queda limitada a la pactada con el productor y a la prevista en normas distintas del CA.

### **2.5.2.- La titularidad del *copyright* sobre las obras realizadas por encargo. La doctrina del *work for hire*.**

Como se ha dicho, la Sección 201(a) CA<sup>1288</sup> establece a quién corresponde la titularidad del *copyright*, esto es, a quién corresponde el ejercicio de las facultades y derechos que lo integran: *Titularidad Inicial.- El copyright de una obra protegida bajo este Título le es conferido inicialmente al autor o autores de la obra (...).*

---

<sup>1286</sup> Vid. Sección 201(b) CA.

<sup>1287</sup> Vid. Sección 26 CA 1909.

<sup>1288</sup> § 201 · Ownership of copyright

(a) Initial Ownership.—Copyright in a work protected under this title vests initially in the author or authors of the work. The authors of a joint work are co-owners of copyright in the work.

(b) Works Made for Hire.—In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright.

Ahora bien, en relación con las obras realizadas por encargo (*works made for hire*), el apartado (b) de este mismo precepto reconoce, salvo pacto expreso en contra, la titularidad del *copyright* al empresario o empleador por cuya cuenta la obra fue elaborada, considerándolo, en todo caso y a los efectos del Título 17 USC, *autor* de la misma: *Obras realizadas por encargo.- En el caso de una obra realizada por encargo, se considera autor de la misma, para los fines de este Título, al empleador u otra persona para quien la obra fue elaborada, y, salvo que las partes hayan acordado expresamente lo contrario en instrumento escrito firmado por ambas, le pertenecen todos los derechos comprendidos en el copyright.*

Si ponemos ambos párrafos en relación con la cláusula de propiedad intelectual de la Constitución Federal, en cuya virtud, como hemos visto, el Congreso está facultado para dictar leyes que reconozcan a los *autores* un derecho exclusivo sobre sus obras, observaremos que la constitucionalidad del apartado (a) es absolutamente irreprochable.

Sin embargo, la constitucionalidad del apartado (b)<sup>1289</sup> – que reconoce el *copyright* a quien por cuya cuenta y encargo se realiza la obra, y no al *autor* de la misma –ha sido ampliamente debatida, y finalmente admitida por la doctrina científica<sup>1290</sup> y jurisprudencial de los EEUU.

Así, el Tribunal Supremo de aquel país, al resolver el asunto *Burrow-Giles Lithographic Co vs. Sarony*<sup>1291</sup>, definió al *autor*, en el marco de la referida cláusula constitucional de propiedad intelectual, como “aquél a quien toda obra debe su origen; el originador”. De este modo, si bien la obra debe su *originalidad* al autor material de la misma, no es menos cierto que su *origen* se debe a quien la encarga, pudiendo éste ser considerado *autor* en los términos de la propia Constitución –al que, por tanto, la ley puede (y debe) reconocer el *copyright* sobre la obra. Interpretación ésta que refleja la concepción de la propiedad intelectual en los EEUU como un derecho de propiedad *comerciable*, desvinculada de la idea de *expresión única* del autor que justifica y fundamenta el sistema de protección de tales derechos en la Europa continental.

---

<sup>1289</sup> El antecedente del apartado (b) se encuentra en la Sección 26 del CA de 1909, que se limitaba a reconocer al empresario la condición de autor: *el término autor incluirá al empleador en el caso de las obras realizadas por encargo.*

<sup>1290</sup> NIMMER, Melville B. y NIMMER, David, *Nimmer on Copyright*, *óp. cit.*, pág. §1.06[A].

<sup>1291</sup> *Burrow-Giles Lithographic Co. vs. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884). *Vid.* también *Goldstein vs. California*, 412 U.S. 546 (1973), en el que el Tribunal sostiene que el término autor “no ha de ser interpretado en su sentido literal, sino con el alcance suficiente como para poder reflejar la amplitud de los principios constitucionales: mientras que el *autor* puede ser visto como el individuo que escribe una composición original, el término, en su sentido constitucional, fue concebido para significar el *originador*, aquél a quien toda obra debe su origen”.

En todo caso, basemos la autoría en la *originalidad* (quien la crea) o en el *origen* (quien la propicia), lo cierto es que con la reforma de 1976, y la sustitución de la anterior Sección 26 del CA de 1909 por la vigente 201(b) CA, que prevé la posibilidad de pacto sobre la titularidad del *copyright*, el debate en torno a la constitucionalidad de dicha previsión pierde toda su virtualidad. Efectivamente, el Congreso estadounidense, mediante la referida Sección 201(b), establece una presunción de cesión de los derechos del trabajador-autor al empresario, y ello en ausencia de pacto en contrario. El empresario es, en definitiva, y salvo pacto en contrario, cesionario de los derechos que de cualquier otro modo hubieran sido reconocidos a su autor. Esta solución no se aleja tanto de la adoptada por el legislador español en relación con las prestaciones artísticas, al disponer, por ejemplo, el artículo 110 TRLPI que *si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario adquiere sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública (...)*<sup>1292</sup>.

Ahora bien, la Sección 201(b) CA establece, como hemos visto, que el empresario será considerado *autor* de la obra, sin que quepa pacto en contrario a este respecto [dicho pacto sólo cabe en relación con la *titularidad* de los derechos]. Según NIMMER<sup>1293</sup> esta previsión carece de efectos prácticos, toda vez que la única consecuencia legal derivada de la condición de *autor* que puede favorecer a quien la ostente es la titularidad de los derechos, titularidad que, como se acaba de exponer, puede ser objeto de pacto entre las partes.

En definitiva, el *status* de *obra realizada por encargo* determina qué persona o personas pueden ejercitar los derechos exclusivos que conforman el *copyright* sobre dicha obra. Y, conforme a los preceptos que acabamos de citar, la autoría de una obra realizada por encargo no reside en su creador, sino en la parte que ha contratado los servicios del autor-creador para producir la obra.

### **2.5.3.- La obra audiovisual como obra realizada por encargo.**

La Sección 101 CA establece que una obra es *realizada por encargo* o bien cuando *ha sido preparada por un empleado* [trabajador] *en el marco de su empleo* [de la relación laboral], o bien cuando es fruto de un encargo específico (arrendamiento de servicios) para ser utilizada como,

---

<sup>1292</sup> Del mismo modo, y en relación con los autores de la obra audiovisual, el artículo 88 del TRLPI dispone en su primer párrafo que *sin perjuicio de los derechos que corresponden a los autores, por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor, con las limitaciones establecidas en este Título, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública (...)*.

<sup>1293</sup> NIMMER, Melville B. y NIMMER, David, *Nimmer on Copyright*, *óp. cit.*, pág. §1.06[C].

entre otros fines, *contribución a una obra colectiva, parte de una obra cinematográfica*<sup>1294</sup> u *otra audiovisual*, etc.

a.- *Obras realizadas en el marco de una relación laboral*

Si bien el USC emplea los términos *empleado* y *marco del empleo* lo cierto es que no encontramos en la norma –ni en sus antecedentes– definición alguna de los mismos, por lo que su delimitación ha sido tarea de los tribunales.

En esencia, y hasta 1989, podemos encontrar en la evolución de la jurisprudencia estadounidense diversas interpretaciones de estos términos. Así, en un principio se exigía al empresario la facultad de “controlar o supervisar el trabajo del artista”<sup>1295</sup>, postura que los Tribunales fueron matizando hasta interpretar que el término *empleado* en el CA de 1976 (hoy Sección 101 CA) únicamente alcanza a aquellas personas “formalmente empleadas y con salario”<sup>1296</sup>, o que la disposición relativa a las obras realizadas por encargo se refiere a las obras “realizadas por sus empleados en el curso regular del negocio”<sup>1297</sup>.

El Tribunal Supremo, en *CCNV vs. Reid*<sup>1298</sup> (1989), unificó la doctrina, declarando que con los términos *empleado* y *marco del empleo* el legislador persigue la aplicación de los principios que rigen el contrato de agencia, de tal modo que “para determinar si la persona contratada es un *empleado* conforme a la regulación en materia de agencia” se ha de considerar el derecho del empresario a controlar el modo y los medios para la realización del encargo<sup>1299</sup> -sin que sea necesaria la facultad de controlar su elaboración concreta.

Al día de la fecha, los criterios para reconocer el *status* de *obra realizada por encargo* pasan, en esencia, por el derecho del empresario a controlar los medios y modo de producción, en el marco de cualquiera de los dos supuestos previstos en la Sección 101 CA, a saber: (1) que exista relación laboral; o, en su defecto, (2) que se trate de una obra de las enumeradas en dicho precepto para los supuestos de encargos específicos<sup>1300</sup>.

---

<sup>1294</sup> *Motion picture*.

<sup>1295</sup> Sentencia del 2º Circuito de Apelaciones, en *Brattleboro Publishing Co. vs. Winmill Publishing Corp.*, 369 F.2nd 565 (2nd Cir. 1966).

<sup>1296</sup> Sentencia del 9º Circuito de Apelaciones, en *Dumas vs. Gommerman*, 865 F.2d 1093 (9th Cir. 1989).

<sup>1297</sup> *Works made by their employees in the regular course of business* –Sentencia del 9º Circuito de Apelaciones en *Self-Realization Fellowship Church vs. Ananda Church of Self-Realization*, 206 F.3rd 1322 (9th Cir. 2000).

<sup>1298</sup> *Community for Creative Non-Violence vs. Reid*, 490 U.S. 730 (1989).

<sup>1299</sup> El Tribunal, además, rechazó expresamente la interpretación contenida en *Dumas vs. Gommerman*, puesto que la norma no exige que se trate de un empleo *formal* ni *asalariado*.

<sup>1300</sup> Obras colectivas, obras cinematográficas y demás audiovisuales, compilaciones, manuales de instrucciones, etc.

En cuanto al *marco del empleo* [en el que la obra ha de ser realizada para tener reconocido el *status* de obra por encargo], y salvo pacto específico en cuanto a la titularidad del *copyright*<sup>1301</sup>, para que éste pueda ser reconocido al empresario, tienen que darse al menos tres circunstancias<sup>1302</sup>: (i) que el trabajo desarrollado por el empleado sea de la naturaleza de aquél para el que fue contratado; (ii) que el trabajo se desarrolle en el horario y lugar establecido por el empresario; y (iii) que se haya actuado, al menos en parte, para servir al empresario.

*b.- Obras realizadas por encargo específico (arrendamiento de servicios)*

En *CCNV vs. Reid*, el Tribunal estadounidense nos recuerda que la ley federal (entonces el CA de 1976) establece dos formas mutuamente excluyentes para que una obra pueda adquirir el *status* de *realizada por encargo*: (1) o bien a través del trabajo realizado por un empleado en el marco de una relación laboral; (2) o bien a través de los servicios prestados por un profesional independiente.

Así, las obras realizadas por un profesional independiente, en ejecución de un contrato privado o encargo específico, se consideran igualmente *realizadas por encargo*, de la misma manera que aquéllas realizadas por un empleado en el marco de una relación laboral. Ahora bien, el encargo específico es un requisito necesario, pero no suficiente, toda vez que no todas las obras ejecutadas por un profesional independiente adquieren el *status* de *obras realizadas por encargo*, sino únicamente aquéllas expresamente previstas en la Sección 101 CA en relación a las obras realizadas en ejecución de un encargo específico. Tales obras son las que se encarguen para integrar o formar parte de: (i) una obra colectiva; (ii) una obra cinematográfica o audiovisual; (iii) una traducción; (iv) una obra suplementaria; (iv) una compilación; (v) un manual de instrucciones; (vi) un test; (vii) material de respuestas para un test; y, (viii) un atlas.

Además, la misma Sección 101 prevé la necesidad de que las partes acuerden expresamente y en *instrumento escrito*, que la obra tendrá la consideración de *realizada por encargo*. De esta manera, el empresario será considerado autor de toda obra: (i) que especialmente haya encargado a un profesional, (ii) para su integración en cualesquiera de las obras [o categorías de obras] arriba señaladas, y (iii) existiendo pacto escrito aceptando la consideración de dicha obra como

---

<sup>1301</sup> En *instrumento escrito firmado por ambas partes*, conforme a la Sección 201(b) CA.

<sup>1302</sup> Circunstancias unánimemente admitidas por la jurisprudencia estadounidense, así, en *City of Newark vs. Beasley*, 883 F.Supp. 3 (D.N.J. 1995); *Roeslin vs. District of Columbia*, 921 F. Supp. 793 (D.D.C. 1995); *Quinn vs. City of Detroit*, 988 F. Supp. 1044 (E.D. Mich. 1997).

*realizada por encargo*. Igualmente, y salvo pacto escrito en contra, el empresario ostentará el *copyright* sobre la obra –ex. Sección 201 CA.

#### **2.5.4.- El *copyright* sobre la obra audiovisual.**

Con carácter general, como se ha dicho, el *copyright* sobre una obra, en tanto en cuanto esté fijada en algún medio o soporte tangible, pertenece a su autor o autores. La aplicación de esta regla a las obras cinematográficas y demás audiovisuales nos llevaría a catalogarlas *obras conjuntas* o *joint works*, que no estrictamente *colectivas*.

Recuérdese que la Sección 101 CA, al definir las *obras colectivas* se refiere a contribuciones que individualmente consideradas constituyen obras en sí mismas, luego *ensambladas* en otra obra (la obra colectiva, precisamente), citando a título de ejemplo las antologías, enciclopedias, etc. Por su parte y sin embargo, la misma Sección 101 define las *obras conjuntas* como aquéllas que son realizadas por dos o más autores con la intención de que sus contribuciones se fusionen en partes inseparables o interdependientes de un mismo conjunto (v.gr., el guión y la interpretación de una obra cinematográfica)<sup>1303</sup> –correspondiendo así como la *obra en colaboración* prevista en el art. 7 TRLPI (*la obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores*).

En idéntico sentido, el Tribunal de Apelaciones del Quinto circuito, en *Easter Seal vs. Playboy Enterprises*<sup>1304</sup>, declaró que tanto los artistas en el escenario como los cámaras pueden ser considerados *autores conjuntos*<sup>1305</sup> de la obra cinematográfica, definiendo a la misma como “una obra conjunta consistente en varias contribuciones de distintos autores (...) incluidas las del guionista, las del director, las del fotógrafo, las de los actores y, seguramente, las de otras personas tales como los diseñadores del set y del vestuario”.

Por tanto, y conforme al CA [y a la jurisprudencia], los artistas, en la medida en que su interpretación sea suficientemente original<sup>1306</sup>, pueden considerarse coautores materiales de las obras audiovisuales, y, como tales, titulares del *copyright* sobre las mismas<sup>1307</sup>. Sin embargo, y como hemos visto, la cuestión de dicha cotitularidad sería meramente teórica en el caso de las

---

<sup>1303</sup> Recuérdese, además, que la misma Sección 101 CA, al definir *obra realizada por encargo*, distingue entre las contribuciones a una obra colectiva y las partes de una obra cinematográfica o audiovisual, de lo que se deduce que estas últimas no son obras colectivas.

<sup>1304</sup> *Easter Seal Society for Crippled Children and Adults of Louisiana Inc. vs. Playboy Enterprises*, 815 F.2d 323 (5th Cir. 1987).

<sup>1305</sup> Recuérdense los asuntos de *Waring vs WDAS Broadcasting Station* y *Capitol Records vs Mercury Records Corporation*, que reconocen a las interpretaciones artísticas el carácter de obra original.

<sup>1306</sup> Vid. epígrafe 2.4 del presente Capítulo.

<sup>1307</sup> Conforme a la Sección 201(a) CA, *El copyright de una obra protegida bajo este Título le es conferido inicialmente al autor o autores de la obra. Los autores de una obra conjunta son copropietarios del copyright sobre la obra.*

obras audiovisuales, toda vez que al ser obras realizadas por encargo, el *copyright* corresponde íntegramente al productor de las mismas. A este respecto el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, en *Silvers vs. Sony Pictures Entertainment, Inc.*<sup>1308</sup>, recuerda cómo el *copyright* de una obra cinematográfica no corresponde, en dicho asunto, a su guionista, sino al productor, en la medida en que la referida obra fue realizada por encargo.

Además, y en las disposiciones del CA en relación con las obras realizadas por encargo, en el sector audiovisual los contratos de producción celebrados entre el productor y las distintas personas involucradas en el proceso creativo (directores, actores, guionistas, compositores, etc.) establecen que la titularidad del *copyright* corresponde íntegramente al primero. Así, por ejemplo, los convenios colectivos negociados y administrados por los principales sindicatos [*guilds*] estadounidenses de directores<sup>1309</sup>, guionistas<sup>1310</sup> y artistas<sup>1311</sup> no sólo prevén que el *copyright* sobre las obras corresponde al productor, sino que incluso contienen la renuncia expresa del director, guionista o artista a todo *interés* moral sobre su contribución.

Obviamente, estas concesiones están debidamente compensadas, generalmente en la forma de pagos adicionales al salario o retribución pactada con el director, guionista o artista, generados con ocasión de la explotación de la obra cinematográfica –los denominados *residuals* (o pagos *residuales*), sobre los que volveremos más adelante, pues constituyen una de las principales fuentes de protección de las interpretaciones audiovisuales en los EEUU.

## **2.6.- Los derechos de los artistas.**

Consabidas que las obras cinematográficas y demás audiovisuales se consideran *obras realizadas por encargo*, así como que el *copyright* sobre las mismas es atribuido inicialmente al productor [salvo pacto *escrito* en contra], cumple ahora estudiar de qué derechos disfrutaban efectivamente los artistas intérpretes (coautores materiales) de tales obras.

### **2.6.1.- Derechos patrimoniales.**

#### **2.6.1.1.- Derechos exclusivos.**

---

<sup>1308</sup> *Silvers vs. Sony Pictures Entertainment*, 402 F.3d 881 (9th Cir. 2005).

<sup>1309</sup> *Directors Guild of America (DGA)*.

<sup>1310</sup> *Writers Guild of America (WGA)*.

<sup>1311</sup> *Screen Actors Guild – American Federation of Television and Radio Artists (SAG-AFTRA)*.



Como ya hemos dicho<sup>1312</sup>, el *copyright* (su contenido) se concreta en una serie de derechos exclusivos de carácter patrimonial que reconocen a su titular la facultad de controlar la explotación *comercial* de su obra.

Así, conforme a la Sección 106 CA, el titular del *copyright* tiene el derecho exclusivo de autorizar la reproducción, transformación, distribución, y comunicación pública de la obra.

Por su parte, también hemos dicho que la titularidad de tales derechos es reconocida al autor o autores de la obra, *ex* Sección 201(a) CA.

Teniendo en cuenta que las obras audiovisuales tienen la consideración de *obras conjuntas* – obras realizadas por dos o más autores con la intención de que sus contribuciones se fusionen en partes inseparables o interdependientes de un mismo conjunto<sup>1313</sup> (el guión y la interpretación de una obra cinematográfica) – de la que son coautores, entre otros, los artistas que las interpretan o ejecutan<sup>1314</sup>, podría concluirse, entonces, que dichos artistas tienen reconocidos los precitados derechos exclusivos.

Es en este punto donde entra en juego la doctrina del *work for hire*, que determina, como hemos visto<sup>1315</sup>, que la titularidad inicial de tales derechos [del *copyright* en general] corresponde al productor de la obra audiovisual.

#### 2.6.1.2.- Derechos de remuneración.

Si bien la legislación estadounidense (tanto federal como estatal) no reconoce derecho de remuneración alguno a los artistas por la explotación de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales<sup>1316</sup>, lo cierto es que la Sección 111(c) CA dispone que las *transmisiones secundarias* por cable de interpretaciones u obras incorporadas en *transmisiones primarias* realizadas por organismos de radiodifusión debidamente autorizados estarán sujetas a la licencia

---

<sup>1312</sup> Vid. epígrafe 2.3.2 anterior.

<sup>1313</sup> Así define la Sección 101 CA la *obra conjunta*.

<sup>1314</sup> Así, y entre otras, en *Waring vs. WDAS Broadcasting Station*, en *Capitol Records vs. Mercury Records Corporation*, y en *Easter Seal vs. Playboy Enterprises* – vid. epígrafes 2.4 y 2.5.4 anteriores.

<sup>1315</sup> Vid. epígrafe 2.5.2 de este mismo Capítulo.

<sup>1316</sup> Más allá del derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a participar en la remuneración reconocida a los productores de fonogramas por las transmisiones digitales sujetas a la licencia legal establecida en la Sección 114(f) CA, y de la compensación establecida a favor de los cantantes, músicos, compositores y productores de fonogramas por la fabricación y distribución de dispositivos y materiales digitales de reproducción sonora (a través de la *Audio Home Recording Act de 1992*), no encontramos en la normativa estadounidense ningún otro derecho que reconozca a los artistas intérpretes o ejecutantes la facultad de reclamar una remuneración o compensación económica por la explotación o uso de sus interpretaciones o ejecuciones –nótese, además, que en ambos casos tal derecho está limitado a las fijaciones sonoras o fonogramas, es decir, no incluye a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

legal que regula el apartado (d) de esa misma Sección 111, conforme a la cual, el operador de cable que lleva a cabo dicha *transmisión secundaria* debe pagar la tarifa que a tal efecto determine el Registro del *Copyright*, en el que también deberá depositar, con carácter semestral, una declaración que especifique, entre otros datos, el número de canales retransmitidos (número de canales objeto de *transmisión secundaria*), los nombres y localidades de todas las emisoras *primarias* (de los organismos de radiodifusión) cuyas transmisiones hayan sido distribuidas por cable, el número total de abonados, y las cantidades brutas satisfechas al operador de cable por el servicio básico de retransmisión. La recaudación de las cantidades derivadas de esta licencia legal son luego repartidas por el Registro del *Copyright*, y conforme a la información facilitada por los propios operadores de cable, a los titulares del *copyright* sobre las obras retransmitidas (es decir, sobre las obras incorporadas en las transmisiones primarias objeto de retransmisión).

Se trata, en definitiva, de un derecho similar a los de remuneración o compensación que conocemos en la Europa continental, es decir, a aquéllos que únicamente reconocen a su titular la facultad de exigir una mera retribución por determinados actos de explotación que escapan de su control –por estar previamente autorizados, o por ser objeto de límite o excepción, o de licencia legal.

En este sentido, y siguiendo con la tesis de que los artistas son coautores de las obras audiovisuales que interpretan o ejecutan, podríamos concluir que, efectivamente, tienen reconocido un derecho de remuneración [o similar] por la retransmisión de las emisiones de tales obras. Ahora bien, este derecho forma parte igualmente del *copyright*, en la medida en que aparece justificado por la limitación del derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública (en este caso la retransmisión por cable) y, por tanto, corresponde única y exclusivamente al titular del *copyright* sobre la obra objeto de retransmisión.

Por lo tanto, si la obra audiovisual es producida al amparo de la legislación estadounidense, esto es, con sujeción a la doctrina del *work for hire*, el titular del *copyright* y, por tanto, del precitado derecho de remuneración, será el productor. Ahora bien, si conforme a la legislación que rige el contrato de producción el artista tiene reconocido el derecho exclusivo de autorizar la retransmisión de sus interpretaciones, y en la medida en que tal derecho no haya sido objeto de cesión al productor –ya sea porque así lo hayan pactado artista y productor, o porque dicho derecho sea intransmisible o, sencillamente, de gestión colectiva obligatoria<sup>1317</sup>–, el titular del

---

<sup>1317</sup> Tal y como prevé, por ejemplo, la Directiva 93/83/CEE, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión y de la distribución por cable, a cuya virtud *el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor o de derechos afines de prohibir o*

derecho de remuneración previsto en la precitada Sección 111 CA será el artista. En este sentido, podría afirmarse que este derecho de remuneración únicamente beneficia a los artistas intérpretes que no hayan cedido al productor su derecho exclusivo de autorizar la retransmisión de sus interpretaciones fijadas.

Más allá de este supuesto, y considerando cedidos –o, con mayor propiedad, *asignados*– todos los derechos exclusivos al productor, la legislación estadounidense no reconoce derecho de remuneración alguno por la explotación de interpretaciones audiovisuales.

La participación del artista en la explotación de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales no se articula, entonces, sobre la base de derechos remuneratorios [derechos de origen legal], sino de derechos adquiridos a través de la negociación colectiva con el productor [derechos de origen contractual].

#### 2.6.1.3.- Derechos patrimoniales de carácter contractual.

Tal y como hemos dicho<sup>1318</sup>, conforme a la Sección 201(b) CA el *copyright* de una obra realizada por encargo corresponde al empleador o a la persona para quien la obra haya sido elaborada (en definitiva y en el caso de las obras audiovisuales, al productor), *salvo que las partes hayan acordado expresamente lo contrario en instrumento escrito*.

Así pues, la capacidad del artista de retener para sí los derechos exclusivos (el *copyright*) sobre su contribución a la obra audiovisual, como coautor de la misma, dependerá de su poder de negociación frente al productor –a quien interesa ostentar todos los derechos exclusivos sobre la obra, garantizándose así la pacífica explotación de la misma frente a cualesquiera usuarios.

Precisamente, en atención a la naturaleza de las obras audiovisuales y en aras de una mayor seguridad jurídica en su explotación, casi todos los ordenamientos jurídicos prevén fórmulas que permiten dicha concentración de los derechos exclusivos en una sola persona, el productor, cuyas licencias incluirán todos los derechos necesarios para llevar a cabo la explotación autorizada,

---

autorizar la distribución por cable de una emisión sólo pueda ejercerse a través de una entidad de gestión colectiva (artículo 9.1), y en el caso de los titulares que no hubieren encomendado la gestión de sus derechos a una entidad de gestión colectiva, se considerará mandatada para gestionarlos la entidad de gestión colectiva que gestione derechos de la misma categoría (...). Es decir, conforme a esta Directiva, el derecho exclusivo de prohibir o autorizar la distribución por cable no puede ser objeto de ejercicio individual por parte de su titular, de tal modo que difícilmente podrá cederlo al productor ni, mucho menos, podrá este último hacerlo efectivo.

<sup>1318</sup> Vid. epígrafe 2.5.2 de este Capítulo.

garantizando al licenciatario que su actividad no se verá amenazada por posibles reclamaciones de cualquiera que realizó alguna contribución creativa a la obra.

Esta es la solución adoptada por el legislador federal estadounidense en la Sección 201(b) CA (*work for hire*), pero también por nuestro legislador patrio, al establecer en el art. 110 TRLPI que *si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este Título*<sup>1319</sup>.

Fórmula ésta que también admite el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones o Ejecuciones Audiovisuales, cuyo art. 12.1 establece la posibilidad de que las Partes Contratantes dispongan en sus respectivas legislaciones nacionales que *cuando el artista intérprete o ejecutante haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual, los derechos exclusivos de autorización (...) pertenecerán o serán cedidos al productor de la fijación audiovisual o ejercidos por éste, a menos que se estipule lo contrario en un contrato celebrado entre el artista intérprete o ejecutante y el productor de la fijación audiovisual, conforme a lo dispuesto en la legislación nacional*.

Sentada esta necesidad, y consabidas las fórmulas legislativas habitualmente adoptadas a tal efecto, observamos cómo casi todas las legislaciones garantizan en todo caso al artista el contenido económico de su derecho, ya sea a través un derecho de remuneración o de la negociación individual o colectiva.

Así lo reconoce el tercer párrafo del precitado art. 12 del Tratado de Beijing, que establece que, con independencia de la cesión de los derechos al productor, *en las legislaciones nacionales o los acuerdos individuales, colectivos o de otro tipo se podrá otorgar al artista intérprete o ejecutante el derecho a percibir regalías o una remuneración equitativa por todo uso de la interpretación o ejecución (...)*.

A la hora de adoptar uno u otro modelo (legal o contractual), ha de tenerse en cuenta la posición negociadora de las partes, pues dependiendo del mayor o menor poder de negociación de una y

---

<sup>1319</sup> En idéntico sentido, pero referido a los autores, el art. 88.1 TRLPI establece que *sin perjuicio de los derechos que corresponden a los autores, por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor, con las limitaciones establecidas en este Título, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra*.

otra, el resultado deparará un mayor o menor nivel de protección del derecho económico del artista.

En el mercado estadounidense ese poder de negociación tiene carácter colectivo, y se manifiesta, en el caso de los artistas, en los convenios celebrados por su sindicato Screen Actors Guild – American Federation of Television and Radio Artists (SAG-AFTRA) con las distintas asociaciones de productores. Así, y entre las distintas condiciones [laborales] llamadas a regir la relación de empleo entre el actor y el productor estadounidense –salario mínimo, horarios, seguridad, higiene, desplazamientos, etc.–, tales convenios prevén el derecho de los actores a recibir pagos adicionales a su salario (*pagos residuales*) con ocasión de ciertos usos o actos de explotación de la obra<sup>1320</sup>.

Con ello no se sugiere que tales pagos adicionales estén basados en la cesión de los derechos exclusivos (del *copyright*) al productor, únicamente se pone de relieve que los artistas estadounidenses tienen reconocido, contractualmente, un derecho de contenido económico esencialmente idéntico a los de remuneración que conocemos en los países de nuestro entorno, pues en uno y otro caso su titular está facultado para exigir el pago de una cantidad económica por determinados actos de explotación de sus interpretaciones. La única diferencia entre unos y otros es su origen [legal o contractual] y su deudor [el usuario o el productor].

Por ejemplo, el Acuerdo Codificado Básico de 2005, suscrito entre Screen Actors Guild<sup>1321</sup> (SAG) y la Alianza de Productores Cinematográficos y de Televisión (AMPTP, por sus siglas inglesas), aún hoy vigente<sup>1322</sup> y con respecto a las obras cinematográficas radiodifundidas por televisión libre en cualquier parte del mundo<sup>1323</sup>, prevé la obligación del productor de abonar a SAG una *compensación (sic.)*, para su reparto entre los artistas que participen en tales obras, equivalente al seis por ciento de la totalidad de los ingresos obtenidos por la distribución de dichas obras en cualquier parte del mundo, previa deducción del cuarenta por ciento [en concepto de gastos de distribución]<sup>1324</sup>.

---

<sup>1320</sup> El sindicato estadounidense de artistas SAG-AFTRA define en su página Web estos pagos residuales como *una compensación pagada a los artistas por el uso de una obra cinematográfica o programa de televisión más allá de los usos cubiertos por la compensación inicial [el salario]. Para los trabajos de televisión, los residuals comienzan cuando el programa se repite o se publica en video/DVD, televisión de pago, cable básico o nuevos medios. Para trabajos cinematográficos, los residuals comienzan cuando la película aparece en video/DVD, cable básico y televisión libre o de pago, o nuevos medios* - <http://www.sagaftra.org/content/residuals-faq>

<sup>1321</sup> Anterior a su fusión con AFTRA.

<sup>1322</sup> Revisado en 2009, 2011 y 2014 (tras la fusión entre SAG y AFTRA).

<sup>1323</sup> Se refiere a las obras cinematográficas cuya rodaje principal hubiera comenzado con posterioridad al 6 de octubre de 1980, por su emisión a través de sistemas abiertos (y gratuitos) de televisión.

<sup>1324</sup> *With respect to theatrical motion pictures, the principal photography of which commenced after October 6, 1980 and released to free television anywhere in the world, Producer agrees to pay to SAG a deferred compensation, for rateable distribution to the performers appearing in such pictures, equal to six percent (6%) of the worldwide total gross receipts from the*

Por su parte, ese mismo convenio prevé, con respecto a la explotación de la obra cinematográfica en *mercados suplementarios*<sup>1325</sup>, la obligación del productor de pagar a SAG, para su reparto a los artistas que participen en dicha obra, una *compensación (sic.)* equivalente al 3,6% de los ingresos brutos obtenidos por su explotación en televisiones de pago (v.gr., cable), y del 4,5% por el primer millón de dólares obtenidos con ocasión de la distribución de la obra en *cassettes*<sup>1326</sup> -o del 5,4% de los ingresos brutos obtenidos por encima del millón de dólares por tal acto de distribución<sup>1327</sup>.

Los convenios colectivos de SAG-AFTRA también prevén una participación (un pago residual) a favor del actor por la explotación de sus interpretaciones a través de la puesta a disposición de obras audiovisuales. Así, en el *Convenio de Nuevos Medios* de 2011 se prevé un pago residual a favor del actor equivalente al 3,6% de los ingresos brutos obtenidos por el usuario por la explotación de la obra en plataformas de pago durante más de veintiséis semanas consecutivas<sup>1328</sup>.

En definitiva, pese a que la legislación estadounidense no reconoce derechos de remuneración por la explotación de las interpretaciones audiovisuales, parece evidente que los artistas de aquel país sí tienen garantizada una participación económica en la explotación de sus interpretaciones, de la misma manera que sucede con los derechos de remuneración que conocemos en España y en el resto de países de nuestro entorno legislativo.

---

*distribution of such pictures on free television, after deducting a flat amount of forty percent (40%) of such total gross receipts for distribution fees and expenses* (Sección 5.A del Acuerdo Básico Codificado de 2005).

<sup>1325</sup> Se refiere a las obras cinematográficas cuya rodaje principal hubiera comenzado con posterioridad al 1 de julio de 1984, por su explotación a través de sistemas de televisión de pago (cable, TV codificada, etc.), y por su distribución en *cassettes* (venta, alquiler, etc.).

<sup>1326</sup> La Sección 5.2.D define los *cassettes* como *todo dispositivo audiovisual, incluidos, pero no limitados, los cassettes, cartuchos, fonogramas u otros dispositivos audiovisuales conocidos en la actualidad o que se inventen en el futuro, que contengan una obra cinematográfica (grabada en película, disco, cinta u otro material) y diseñados para su reproducción [comunicación] a través de un receptor de televisión o dispositivo comparable. La venta o alquiler de cassettes para su comunicación a través de un receptor de televisión o dispositivo comparable en el domicilio o en un circuito cerrado, como las habitaciones de hotel, constituye un Mercado Suplementario a los fines de esta disposición, en la medida en que están involucradas las cassettes.*

<sup>1327</sup> *With respect to each theatrical motion picture produced under a prior Producer-Screen Actors Guild Codified Basic Agreement or hereunder, the principal photography of which commenced on or after July 1, 1984, which is released by Producer for exhibition in Supplemental Markets anywhere in the world, Producer agrees to pay to Screen Actors Guild, for rateable distribution to the performers appearing in said pictures, deferred compensation equal to: (1) From the distribution of such pictures to Pay Television, as defined herein three and six-tenths percent (3,6%) of Distributor's gross receipts, as defined herein; and (2) From the distribution of such pictures on cassettes, as defined herein, four and five-tenths percent (4,5%) of the first one million dollars (\$1.000.000) of Distributor's gross receipts, and five and four-tenths percent (5,4%) of Distributor's gross receipts thereafter* (Sección 5.2.A del Acuerdo Básico Codificado de 2005).

<sup>1328</sup> *Residuals of 3,6% of Distributor's Gross as defined above will be due for exhibition on Consumer-Pay Platforms beyond the twenty-six (26) consecutive week period if the Original Program is budgeted at or above \$25.000 per minute* (Sección 5.A del Convenio de Nuevos Medios, de 2011).

El paralelismo entre el sistema estadounidense de negociación colectiva y el continental de derechos de remuneración se ve perfectamente reflejado en el *Documento de Información* elaborado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual *sobre las principales cuestiones y posiciones relativas a la protección internacional de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales*<sup>1329</sup> que, en definitiva, viene a decir que en determinados países (y cita de manera destacada a los EEUU), “la protección [de las interpretaciones audiovisuales] puede otorgarse mediante una negociación colectiva” -en lugar de mediante el reconocimiento de derechos conexos o de propiedad intelectual.

Tan es así, que una de las cuestiones que se debatieron durante la Conferencia Diplomática de 1996, al hilo de la posibilidad de extender la protección dispensada por el WPPT a las interpretaciones audiovisuales<sup>1330</sup>, fue, precisamente, la posibilidad de implementar las obligaciones del eventual Tratado, no sólo mediante disposiciones legislativas (derechos conexos o de propiedad intelectual), sino también a través de los correspondientes convenios colectivos.

No en vano la fuerza vinculante de todo contrato [ley entre partes] es un principio básico sentado por el *Common Law*, con una formulación muy similar a la del art. 1091 Cc, en cuya virtud *las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*. De esta forma, lo verdaderamente relevante no es la fuente de los derechos del artista, sino el contenido de los mismos, y sucede que, en un plano

---

<sup>1329</sup> Documento OMPI SCCR/19/9 Corr., de 30 de noviembre de 2009, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr\\_19/sccr\\_19\\_9.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_19/sccr_19_9.pdf):

“Dicha protección [a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales] con frecuencia toma la forma de derechos conexos, es decir, derechos de propiedad intelectual inspirados del derecho de autor (...). La protección de las interpretaciones o ejecuciones también puede otorgarse mediante una negociación colectiva y contratos individuales. Este sistema se aplica en algunos de los países que cuentan con industrias audiovisuales sólidas en las que intervienen un número importante de actores, como los EEUU de América. En este contexto, los sindicatos negocian con las asociaciones de productores no solamente las condiciones laborales, sino también y sobre todo la remuneración por los diferentes usos de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales. Esta remuneración adopta al menos dos formas, a saber: pagos de sumas globales por adelantado, que tienen lugar cuando se firma el contrato o cuando se ha dado el consentimiento para la fijación de la interpretación o ejecución; y la remuneración residual, que son pagos proporcionales a la frecuencia de utilización de la interpretación o ejecución en diferentes medios, tales como la radiodifusión pública por televisión, la radiodifusión por cable, las ventas de DVD, la transmisión por cable y la descarga en Internet, etcétera.

Tanto en los sistemas de derechos conexos como en los sistemas basados en la negociación colectiva se aplican con frecuencia mecanismos jurídicos que permiten al productor de una obra audiovisual explotar sin problema ninguno los derechos sobre la interpretación o ejecución tanto en el ámbito nacional como internacional. En los Estados Unidos de América, según la doctrina relativa a las obras por contrato con cesión automática de derechos (*work made for hire*), tal como se aplica a las obras audiovisuales, cuando un productor pide o encarga una obra para un determinado uso como parte de una película cinematográfica u otra obra audiovisual, y las partes acuerdan por escrito que la obra se considere como una obra llevada a cabo con arreglo a dicha doctrina, todos los derechos comprendidos en el derecho de autor recaen en el productor, como cuestión de derecho, a quien se considera además el único autor de la obra. No es necesario establecer la cesión o transmisión de derechos del creador al productor. En otros países, en virtud de la norma de *presunción de cesión*, los coautores de una obra son también los titulares originales de los derechos, si bien se presume que, al contribuir a una producción cinematográfica, ceden sus derechos al productor (sin embargo, esa presunción puede ser refutada en algunas jurisdicciones y no serlo en otras). En otros países, no existen normas específicas sobre la cesión de los derechos del artista intérprete o ejecutante al productor y esa cuestión se resuelve mediante la celebración de contratos entre las partes”.

<sup>1330</sup> *Vid.* epígrafe 4.5.1 del Capítulo X.

estrictamente económico, el nivel de protección dispensado en los EEUU nada tiene que envidiar al de los países bajo un sistema de Derecho de Autor.

El hecho de que el principal sindicato estadounidense de actores, SAG-AFTRA, prohíba expresamente a sus miembros realizar interpretación alguna si no es al amparo de alguno de sus convenios colectivos –la denominada “*Global Rule One*” (o “Primera Regla Global”)–, y ello con independencia del país en el que se pretenda contratar al artista, resulta indicativo del nivel de protección dispensado por los mismos, en no pocos casos muy superior al de los países en los que se lleva a cabo la interpretación.

Precisamente por ello, en el caso de las producciones audiovisuales estadounidenses, lo relevante no es la nacionalidad del artista, o el país de rodaje, sino el convenio colectivo concreto al amparo del cual se llevan a cabo tales producciones, pues son los que determinan los derechos que podrán exigir los artistas que participan en las mismas.

## **2.6.2.- Derechos morales.**

### **2.6.2.1.- Consideraciones generales.**

Ya hemos advertido que los artistas intérpretes o ejecutantes carecen de estatuto particular y propio en el *Copyright* estadounidense, sin que ello signifique que carezcan de reconocimiento jurisprudencial, incluso a nivel creativo –como coautores o *joint authors*– o de derechos de otra naturaleza distinta a la de los que integran el *copyright* (derechos exclusivos), ya sean de índole laboral o contractual, o de ámbito estatal.

Dicho lo cual, sin embargo, cumple recordar que el CA no reconoce derecho moral alguno al artista, por lo que para poder determinar la posible vigencia de derechos similares en aquel país, se antoja necesario recurrir, una vez más, al *Common Law* emanado de la doctrina jurisprudencial. De ella, según veremos, se deriva una amplia gama de principios que reconocen al artista intérprete o ejecutante una serie de derechos con atributos, facultades o características comunes a las de los derechos de paternidad e integridad, pero con los matices propios de un sistema basado en la concepción *comercial* de la propiedad intelectual –en contraposición a la idea de *expresión única y original* que rige en los sistemas de Derecho de autor.



Y es que en los EEUU ni tan siquiera los autores tienen reconocidos derecho moral alguno. Así, en *Gilliam vs. American Broadcastin Cos.*<sup>1331</sup>, el Segundo Circuito nos recuerda que “la legislación americana en materia de *copyright*, en su redacción actual, no reconoce derechos morales ni establece acción alguna por su infracción, puesto que la ley persigue proteger los intereses económicos del autor, en lugar de los personales”. Lo cual no impide, como ya se ha dicho en relación con los artistas, que la doctrina jurisprudencial haya reconocido derechos similares a los autores –si bien con una clara inclinación a favor de los de las obras plásticas, que incluso cuentan con una norma de ámbito federal<sup>1332</sup> que les reconoce el derecho de paternidad y de integridad.

Situación ésta –la ausencia de regulación federal específica en materia de derechos morales– que ha continuado incluso tras la ratificación por parte de los EEUU, con efectos a partir del 1 de marzo de 1989, del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas (tras su revisión de París, de 24 de julio de 1971)<sup>1333</sup>. Ahora bien, es igualmente cierto que no fueron precisamente los EEUU quienes más interés y empeño pusieron en ratificar el Convenio de Berna, sino al contrario, pues el Director General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Arpad BOGSCH, en su comparecencia ante el Congreso de aquel país en 1985, aseguró que muchos Estados miembros de la Unión de Berna “deseaban con fervor” la ratificación de dicho Instrumento por parte de los EEUU, e incluso llegó a afirmar que para ello no sería necesario introducir ninguna reforma en la legislación estadounidense para ajustarla al artículo 6 bis de la Convención<sup>1334</sup>.

A ello podemos añadir que, con ocasión de la adhesión de los EEUU al Convenio de Berna<sup>1335</sup>, el Comité Judicial del Congreso de aquel país, al informar sobre el Proyecto de Ley de reforma del Título 17 USC para la implementación de dicho Convenio<sup>1336</sup>, reconoció que si bien no existía norma federal alguna específicamente relativa a los *derechos morales*, lo cierto era que conforme al art. 6 bis (3) del Instrumento, *los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo [derechos morales] estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección*, de tal modo que si bien “la protección de los derechos de

<sup>1331</sup> *Gilliam vs. American Broadcasting Cos.* 538 F.2d 14 (2º Cir. 1976).

<sup>1332</sup> La *Visual Artists Rights Act* (o *Ley de los Derechos de los Artistas Visuales*), de 1990, incorporada a la CA de 1976.

<sup>1333</sup> Recuérdese que el artículo 6.º bis del Convenio, en su primer párrafo, establece que *independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación*.

<sup>1334</sup> Citado en el Informe del Senado estadounidense, de 20 de mayo de 1988, sobre la implementación de la Convención de Berna [*The Senate Report on the Berne Convention Implementation Act of 1988*, May 20 (legislative day, May 18), 1988].

<sup>1335</sup> Mediante instrumento depositado en la OMPI con fecha 16 de noviembre de 1988 (entrada en vigor el 1 de marzo de 1989).

<sup>1336</sup> Informe del congresista KATENMEIER, R., del Comité Judicial del Congreso, incluido en el Informe 4262 de la Cámara, de 6 de mayo de 1988, sobre la Ley de Implementación del Convenio de Berna.

paternidad e integridad en los EEUU pudiera no ser tan amplia como en otros Estados miembro de Berna, existen otros miembros de Berna que reconocen una protección incluso más limitada [que la de los EEUU]”, recordando que el Grupo de Trabajo especial sobre esta cuestión había afirmado a este respecto en su Informe Final que<sup>1337</sup>: “existe base sustancial para concluir que la totalidad de la legislación estadounidense protege los derechos de paternidad e integridad de manera suficiente como para cumplir con el artículo 6 bis, tal y como lo aplican varios países de Berna”.

Así, las normas en las que se basó dicho Comité para afirmar que los derechos morales están suficientemente protegidos en los EEUU son, esencialmente, las siguientes:

- Secciones 106 y 115 del CA, reconociendo, respectivamente, el derecho a realizar obras derivadas y a prohibir la distorsión de composiciones musicales<sup>1338</sup>.
- Sección 43 (a) de la Ley Lanham – de ámbito federal.
- Derecho de publicidad.
- Determinadas normas estatales sobre competencia, contratos, difamación, falsa representación y fraude.
- Determinadas normas estatales sobre derechos morales.

Todo ello acompañado de la correspondiente jurisprudencia, tal y como nos recuerda NIMMER<sup>1339</sup> al advertir que “el volumen de jurisprudencia (...) en materia de atribución [paternidad] e integridad despeja toda duda sobre el hecho de que tales derechos son todo menos huérfanos en el ordenamiento jurídico estadounidense. De hecho, el fanatismo con que varios tipos de Hollywood [*sic.*] persiguen créditos en la pantalla demuestra que no es cierto que el derecho de atribución sea ajeno a la cultura americana”.

---

<sup>1337</sup> En el Informe Final del Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre la adhesión de los EEUU al Convenio de Berna [*Final Report of the Ad Hoc Working Group on U.S. Adherence to the Berne Convention*, reprinted in 10 Colum.], VLA, J.L. & ARTS 513 (1986)

<sup>1338</sup> Conforme a la Sección 115(a)(2) del CA, la licencia obligatoria para la reproducción y distribución de obras musicales no dramáticas fijadas en fonogramas *incluye el privilegio de realizar arreglos musicales a la obra en la medida en que sea necesario para adaptarla al estilo o manera de la interpretación o ejecución involucrada, pero el arreglo no podrá cambiar la melodía básica ni el carácter de la obra, y no estará sujeto a protección como obra derivada, excepto cuando cuente con el consentimiento expreso del titular del copyright.*

<sup>1339</sup> NIMMER, Melville B. y NIMMER, David, *Nimmer on Copyright*, *óp. cit.*, vol. 3, pág. §8D.02[D][1].

#### 2.6.2.2.- Los derechos de atribución [paternidad] e integridad. El *Lanham Act*.

Partiendo del derecho de integridad, como derecho del autor [o del artista intérprete o ejecutante] a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de su obra, y pese a que cierto sector doctrinal parece sostener que tal derecho forma parte inherente del *copyright* sobre la obra al tener reconocido su titular el derecho exclusivo de autorizar o realizar obras derivadas [derecho de transformación], *ex* Sección 106 CA<sup>1340</sup>, lo cierto es que este último ni es de naturaleza moral o espiritual<sup>1341</sup>, sino económica, ni está vinculado al autor material, sino al titular del *copyright*.

Tal y como nos recuerda COLEMAN, el CA “protege los derechos de los titulares del *copyright*, no a los autores”, de tal suerte que una vez transferido el *copyright* sobre la obra, su autor carece de legitimación para actuar frente a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de dicha obra –“lo cual sería particularmente relevante en el contexto del *work for hire*”<sup>1342</sup>; doctrina antitética, según KERNOCHAN, con “la visión del derecho moral como vínculo entre las obras de arte y las personalidades de los individuos que de hecho las crearon”<sup>1343</sup>.

Descartada, pues, la protección de las facultades morales a través del derecho exclusivo de transformación (ni tan siquiera en conexión con la precitada licencia obligatoria para la reproducción y distribución de obras musicales no dramáticas – Sección 115 del CA), se antoja necesario buscar otras fuentes de protección, entre ellas, y de manera destacada, la Ley Lanham<sup>1344</sup> (o *Lanham Act*), de 1946, y que a pesar de regular la concesión, registro y protección de marcas, contiene una serie de disposiciones en las que la doctrina estadounidense apoya la protección de los derechos morales de los creadores.

Apoyan su tesis, más concretamente, en la Sección 43(a)(1) de dicha ley [Sección 1125 del Título 15 USC], conforme a la cual *toda persona que, en conexión con cualesquiera bienes o servicios (...) utilice en el comercio cualquier palabra, término, nombre, símbolo, dispositivo (...) o designación falsa de origen, o descripción falsa o errónea de hechos, o representación falsa o errónea de hechos, que (a) sea susceptible de causar confusión, o de causar error, o de*

---

<sup>1340</sup> Por ejemplo HUGHES, Justin, *American Moral Rights and Fixing the Dastar “Gap”*, Utah Law Review, Vol. 2007, Núm. 3, pág. 666.

<sup>1341</sup> No en vano el derecho de integridad no es el derecho a oponerse a *cualquier* alteración de la obra, sino a aquéllas que causen un perjuicio al honor o reputación del autor o del artista intérprete o ejecutante.

<sup>1342</sup> COLEMAN, Doriane Lambelet, *Internationalizing the Copyright Code: An Analysis of Legislative Proposals Seeking Adherence to the Berne Convention*, Georgetown Law Journal, No. 76 (1987), pág. 489.

<sup>1343</sup> KERNOCHAN, John. M., en su intervención ante el Subcomité de Patentes, Derecho de Autor y Marcas de la Comisión Judicial del Senado, 99º Legislatura, Sesiones 1ª-2ª, 427 (1985-86), sobre la adhesión de los EEUU al Convenio de Berna.

<sup>1344</sup> Codificada en el Título 15 CA (Secciones 1051 y ss.).

*dar lugar a engaño en cuanto a la afiliación, conexión o asociación de dicha persona con otra persona, o en cuanto al origen, patrocinio o aprobación de sus bienes, servicios o actividades comerciales por otra persona, o (b) en la publicidad o promoción comercial represente falsamente la naturaleza, características, cualidades u origen geográfico de sus bienes, servicios o actividades comerciales, o los de cualquier otra persona; será responsable ante la acción civil por parte de cualquier persona que crea que haya sido perjudicada por dicha actividad*<sup>1345</sup>.

Sobre esta base, el Segundo Circuito de Apelaciones reconoció en *Gilliam vs. American Broadcasting*<sup>1346</sup> (1976) una suerte de derecho de integridad, sobre la base de la precitada Sección 43 (a) de la Ley Lanham. En dicho asunto, los integrantes del grupo británico Monty Python habían solicitado el cese, por parte de la American Broadcasting Corporation (ABC), de las emisiones de una versión distorsionada de una serie de televisión escrita e interpretada por ellos mismos<sup>1347</sup>. Previamente Monty Python únicamente había autorizado a la British Broadcasting Corporation (BBC) a realizar *cambios menores*, y siempre y cuando los mismos fueran necesarios para “salvaguardar la responsabilidad y reputación de la BBC”<sup>1348</sup>. La BBC licenció los derechos de emisión de dicha serie en los EEUU a la ABC, quien cortó 24 minutos de cada episodio, desechado así las partes que la propia ABC consideraba poco adecuadas y dejando espacio para la publicidad. Cuando los integrantes de Monty Python vieron el resultado, plantearon una demanda frente a la ABC, alegando toda una serie de infracciones sobre su *copyright*, así como varios incumplimientos contractuales. El Tribunal declaró que Monty Python se había reservado el derecho de transformación sobre su obra original, con la única excepción de la precitada autorización concedida a la BBC, de tal suerte que la modificación por parte de la ABC, si bien podría ser considerada una obra derivada de la versión de la BBC, también lo era de la versión original de Monty Python, de quienes la ABC no había obtenido autorización alguna. Sobre esta base, y considerando expresamente que la legislación estadounidense en materia de *copyright* no reconoce derecho moral alguno, el Juez LUMBARD concluyó afirmando que la transformación llevada a cabo por la ABC “mutiló la obra original y que, consecuentemente, la emisión de tales programas como creaciones de Monty Python

---

<sup>1345</sup> (1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which—

(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.

<sup>1346</sup> *Gilliam vs. American Broadcasting Cos.*, 538 F.2d 14 (2nd Cir. 1976).

<sup>1347</sup> Más concretamente de su *Circo Volador*, o *Monty Python's Flying Circus*.

<sup>1348</sup> Frente a la crítica social y humor absurdo que caracterizan la obra de Monty Python [no sólo su *Circo Volador*].

suponían una violación de la Ley Lanham”. Conforme a este Juez, la atribución de la autoría de la obra [nueva] a Monty Python por parte de la ABC “creaba una falsa impresión sobre el origen del producto”.

Otros tribunales estadounidenses siguieron la doctrina sentada por el Segundo Circuito en *Gilliam vs. ABC, Inc.*; por ejemplo en *Smith vs. Montoro*<sup>1349</sup>, en el que el Noveno Circuito sostuvo que conforme a la Sección 43 (a) de la Ley Lanham el actor de una obra cinematográfica tiene derecho a oponerse a la usurpación de su identidad –en los títulos de crédito aparecía identificada otra persona en el lugar del demandante–, de tal suerte que, como dice HUGHES<sup>1350</sup>, es un hecho ya ampliamente aceptado que “la Sección 43 (a) de la Ley Lanham podría ser empleada por los autores y los artistas para salvaguardar su derecho de atribución [paternidad]”, si bien, como nos recuerda el mismo autor, su encaje con el artículo 6 bis de Berna (y con los artículos 5 del WPPT y del Tratado de Beijing) es “considerablemente problemático”<sup>1351</sup>, especialmente a partir de la sentencia del Tribunal Supremo en *Dastar Corp. vs. Twentieth Century Fox Film Corp.*<sup>1352</sup>, en la que dicho Tribunal vino a declarar que con respecto a las obras en el dominio público no existe la obligación prevista en la Ley Lanham de identificar al creador original de la obra.

Si admitiéramos que la Ley Lanham viene a suplir las carencias normativas estadounidenses en materia de derechos morales (lo cual es discutible), lo que no se termina de comprender es cómo la inaplicación de dicha ley a las obras en el dominio público puede entrar en conflicto con la protección dispensada en Berna, WPPT y Beijing a los derechos morales, habida cuenta que ninguno de los tres instrumentos establece que tales derechos hayan de ser perpetuos o imprescriptibles –todo lo contrario, conforme a tales instrumentos, los derechos morales *serán mantenidos después de su muerte* [del autor o del artista intérprete o ejecutante], *por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales*.

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que si bien podría afirmarse que la Ley Lanham protege, de otra manera, tanto el derecho de paternidad como el derecho de integridad –el uno frente a usurpaciones de la autoría o interpretación (frente a plagios) y el otro frente a situaciones en las que el autor o intérprete de una obra se vea perjudicado por su vinculación a una obra o interpretación mutilada o alterada–, lo cierto es que en ambos casos lo que se protege a través de

---

<sup>1349</sup> *Paul Smith vs. Edward L. Montoro and Film Ventures International, Inc.*, 648 F.2d. 602 (9th Cir. 1981).

<sup>1350</sup> HUGHES, Justin, *American Moral Rights*, *óp. cit.*, pág. 671.

<sup>1351</sup> *Ibid.*, pág. 661.

<sup>1352</sup> *Dastar Corp. vs. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (2003).

la precitada Sección 43 (a) no es el interés moral o espiritual del autor o del artista, sino el *económico* –como no podría ser de otra manera habida cuenta que estamos ante una Ley de Marcas.

Efectivamente, la responsabilidad a la que hace referencia la citada Sección se circunscribe a los usos de atributos [marca, autoría, representación, etc.] ajenos con fines comerciales, y siempre y cuando *cualquier* persona se vea perjudicada –la Ley Lanham parece proteger igualmente el interés del consumidor que, por ejemplo, acuda a un teatro con la creencia (fundada en alguna suerte de usurpación de atributos o publicidad engañosa) de que actuarán determinados artistas.

En definitiva, y a nuestro juicio, pretender encontrar en la Ley Lanham alguna suerte de protección a los derechos morales del creador, tal y como los entendemos en los sistemas de Derecho civil, resulta ser un ejercicio ocioso. Y ello es, además, un claro ejemplo de cómo el legislador y doctrina estadounidense se ha propuesto impermeabilizar su sistema frente a disposiciones extrañas o ajenas al *Copyright*, como sucede con los derechos morales reconocidos en los distintos tratados internacionales de los que EEUU es Parte Contratante.

#### 2.6.2.3.- Los derechos de publicidad y privacidad.

Podemos definir el derecho de publicidad (*right of publicity*) como aquel derecho positivo del artista que le permite controlar y participar en la explotación de su imagen, voz, nombre, y demás elementos de su esfera personal. Se trata, en definitiva, de garantizar al artista el control sobre cualesquiera usos comerciales de su identidad –protegiéndole de la pérdida de valor [comercial] que pudiera sufrir con ocasión de algún uso no autorizado.

Por su parte, el derecho de privacidad (*right of privacy*) se configura como un derecho negativo que permite al artista impedir agresiones contra su propia imagen, o intromisiones ilegítimas en su vida privada. Este derecho cobra especial relevancia en el caso de los artistas, no ya por el interés que suelen despertar en el gran público –provocando constantes intromisiones por parte de un sector de la prensa que vulgarmente se conoce como *prensa amarilla*–, sino por los posibles usos de su imagen captada para finalidad distinta. Así, por ejemplo, la extracción de un fragmento de una obra audiovisual en el que aparece la imagen de un artista, para su utilización en una campaña publicitaria contraria a los intereses, ideología, moral, etc. de dicho artista (por ejemplo, para su uso en una campaña a favor de un partido político determinado).

A este respecto ya hemos anticipado que los derechos de publicidad y privacidad fueron considerados en su día como fuente de protección del derecho moral del autor [y del artista intérprete o ejecutante]. También hemos dejado dicho que, con efectos a partir del 1 de enero de 1978, la Sección 301(a) CA abrogó o derogó el *Common Law Copyright*, normativa estatal incluida, en todo aquello expresamente regulado por la norma federal (el Título 17 del USC); y que para que dicha abrogación surta efectos (para privar de eficacia a la normativa estatal), los derechos previstos por el *Common Law* o normativa del Estado de que se trate han de ser *equivalentes* a los derechos exclusivos (*copyright*) reconocidos por la norma federal, pues en caso contrario continuarían en vigor<sup>1353</sup>.

Dicho lo cual, cumple advertir que los derechos de publicidad y privacidad ni forman parte del *copyright*, ni son *equivalentes* a los derechos exclusivos que lo conforman. Mientras que el *copyright* tiende a proteger la propiedad intelectual de una obra, los derechos de publicidad y privacidad protegen intereses de las personas que, como los artistas, aparecen representadas en dicha obra. O, si se prefiere, mientras que el *copyright* se configura como un conjunto de derechos reales (de propiedad), los derechos de publicidad y privacidad son derechos personales –y, por tanto, no *equivalentes* a aquéllos.

Ello no obsta que un mismo acto, por ejemplo la comunicación pública, pueda afectar igualmente al *copyright* y a los derechos de privacidad y publicidad, por ejemplo mediante el uso no autorizado de un fragmento de una obra audiovisual. En este caso tanto el titular del *copyright*, como los artistas que aparezcan en dicho fragmento, podrán ejercitar las acciones que les correspondan; al primero como única persona legitimada para autorizar dicho acto de explotación –como titular del derecho exclusivo–, y los segundos como titulares del interés personal objeto de protección mediante los derechos de privacidad y publicidad.

Mientras que el *copyright* está regulado a nivel federal por el Título 17 del USC, no encontramos en la legislación federal norteamericana protección alguna para los derechos de publicidad y privacidad, por lo que su configuración puede variar según el Estado en que nos encontremos. Así, mientras muchos Estados reconocen y regulan estos derechos con carácter específico, otros los protegen mediante la aplicación de construcciones doctrinales de carácter consuetudinario (v.gr. aplicando la jurisprudencia relativa a la falsa representación), e incluso existen Estados que carecen de regulación a este respecto.

---

<sup>1353</sup> Vid. epígrafe 2.2.5 del presente Capítulo.

Además, mientras que en algunos Estados únicamente se reconocen tales derechos en relación con determinados actos de explotación no autorizados de la identidad de cualquier sujeto, en otros únicamente cabe reclamar amparo cuando el uso no autorizado tiene valor cierto –v.gr. cuando el titular de la identidad la ha explotado comercialmente con carácter previo al uso indebido. También puede variar el régimen *post mortem*: en esencia, aquellos Estados que prevén la vigencia de este derecho una vez fallecido el titular de la identidad, suelen reservarlo a las *celebridades* –variando el plazo de protección de Estado a Estado<sup>1354</sup>.

En realidad, el derecho de publicidad deriva del derecho de privacidad [e intimidad], a su vez construido a partir del artículo académico publicado en 1890 por WARREN y BRANDEIS en la prestigiosa *Harvard Law Review*<sup>1355</sup>. Ambos autores, alarmados ante la incipiente prensa sensacionalista (que nacía casi en paralelo a la invención del carrete de película fotográfica), instaron el reconocimiento del derecho de la persona a oponerse a toda intromisión en su vida privada. Si bien hubo una serie de juzgados neoyorquinos<sup>1356</sup>, e incluso un tribunal federal en Massachusetts<sup>1357</sup>, que inicialmente acogieron las tesis de WARREN y BRANDEIS, las mismas terminaron siendo rechazadas tan pronto como la cuestión llegó al Tribunal de Apelaciones de Nueva York, en *Roberson vs. Rochester Folding Box Co.*<sup>1358</sup>, de 1902. El Tribunal basó entonces su decisión en la ausencia de Jurisprudencia a este respecto, el carácter puramente espiritual del daño, el elevado número de litigios que florecerían si se reconocía este derecho, su difícil encaje en el caso de personalidades públicas, y el temor de que pudiera limitar en cierto modo la libertad de prensa.

La opinión pública desaprobó esta sentencia, hasta el punto que el legislador de Nueva York se vio finalmente obligado a tipificar en su legislación estatal<sup>1359</sup> como ilícito civil, e incluso falta [penal], el uso del nombre o imagen de cualquier persona, sin su consentimiento escrito, *con fines publicitarios o comerciales*.

---

<sup>1354</sup> Así, por ejemplo, en Tennessee, Estado de Elvis Presley, se reconoce el derecho de publicidad con carácter indefinido, con la única condición de que el ejercicio del derecho tenga continuidad en el tiempo. Uno puede inclinarse a pensar que, con semejante previsión, Tennessee ha optado por una regulación *ad hoc* que le garantice una participación económica en los múltiples usos comerciales que de la imagen del *Rey* se vienen realizando desde hace décadas.

<sup>1355</sup> WARREN, Samuel D. y BRANDEIS, Louis D., *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol. IV, No. 5, diciembre 1890.

<sup>1356</sup> *Manola vs. Stevens*, N.Y. Sup. Ct. (1890); *Mackenzie vs. Soden Mineral Springs Co.*, 27 Abb. N. Cas. 402, 18 N.Y.S. 240 (Sup. Ct. 1891); *Marks vs. Jaffa*, 6 Misc. 290, 26 N.Y.S. 908 (Super. Ct. N.Y. City 1893); *Schuyler vs. Curtis*, 147 N.Y. 434, 42 N.E. 22 (1895).

<sup>1357</sup> *Corliss vs. E.W.Walker Co.*, 64 Fed. 280 (D. Mass. 1894).

<sup>1358</sup> *Roberson vs. Rochester Folding Box Co.*, 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (1902), en el que la demandada había utilizado la foto de una joven, sin su consentimiento, para publicitar harina.

<sup>1359</sup> N.Y. Sess. Laws 1903, capítulo 132, secciones 1-2; en la actualidad codificado en la Ley de Derechos Civiles de Nueva York, secciones 50 y 51.



Tres años más tarde, el Tribunal Supremo de Georgia siguió el ejemplo del legislador neoyorquino (que no de su Tribunal de Apelaciones) y, en *Pavesich vs. New England Life Insurance Co.*<sup>1360</sup>, acogió los postulados de WARREN y BRANDEIS, reconociendo la existencia del derecho a la intimidad o privacidad. A partir de ese momento, cada vez fueron más los juzgados y tribunales, en casi todos los Estados de la Unión, los que se inclinaron por la existencia de ese derecho –lo que, a su vez, motivó su inclusión en el *Restatement of Torts*<sup>1361</sup> a partir de 1939, más concretamente en su sección 867.

Al día de la fecha, el derecho a la intimidad o privacidad está reconocido, de una manera u otra (v.gr., como principio del *Common Law*, o en norma codificada), en la práctica totalidad de los Estados de la Unión.

La formulación moderna del *right to privacy* que cuenta con mayor aceptación es la de PROSSER, que afirma que no puede hablarse de un solo ilícito, sino de cuatro: “El derecho a la privacidad comprende cuatro tipos distintos de intromisión en cuatro intereses distintos de la víctima, todos ellos bajo el mismo nombre, pero nada más en común excepto que cada uno representa una interferencia con el derecho de la víctima *a ser dejada en paz*, como dijera el Juez Cooley”<sup>1362</sup>.

Los cuatro ilícitos (*torts*) identificados por PROSSER son los siguientes:

- i) Intromisión en el retiro o soledad de la víctima, o en sus asuntos privados;
- ii) Revelación pública de hechos embarazosos relativos a la vida privada de la víctima;
- iii) Publicación de cualesquiera hechos que proyecten una imagen falsa de la víctima; y
- iv) Apropiación, en provecho propio, del nombre o de la apariencia de la víctima.

Es precisamente de este cuarto ilícito del que deriva el derecho de publicidad, como herramienta del artista para proteger su nombre –así como su imagen y apariencia. Y es que, según LEVINE, pese a reconocer la naturaleza apropiable del nombre [en nuestro caso, del artista], PROSSER

---

<sup>1360</sup> *Pavesich vs. New England Life Insurance Co.*, 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905), en el que la compañía aseguradora demandada había utilizado el nombre e imagen del demandante con fines publicitarios.

<sup>1361</sup> *Vid.* epígrafe 2.1 anterior.

<sup>1362</sup> PROSSER, William L., *Privacy*, California Law Review, Vol. 48, No. 3, agosto 1960, pág. 389.

“no contempló la posibilidad de que la apropiación del nombre o de la apariencia de otro en provecho propio puede tener un resultado muy diferente si la víctima ya está comercializando su nombre o apariencia”<sup>1363</sup>. Lo que LEVINE viene a señalar, de hecho, es que el cuarto ilícito identificado por PROSSER no ofrece una respuesta adecuada a los supuestos en los que el nombre de la víctima tiene un valor comercial previo.

Efectivamente, antes citábamos *Pavesich vs. New England Life Insurance Co.*<sup>1364</sup>, en el que una compañía aseguradora (la demandada) había utilizado el nombre del demandante con fines publicitarios. Los hechos encajan, pues, en el cuarto ilícito identificado por PROSSER (v.gr., apropiación, en provecho propio, del nombre ajeno). Ahora bien, si el demandado hubiera utilizado el nombre artístico de un actor famoso, por poner un ejemplo, el perjuicio causado habría adquirido una dimensión comercial, que excedería claramente el ámbito de la intimidad o del *derecho a ser dejado en paz*.

En este sentido, el Tribunal de Apelaciones de California dictaminó en *Fairfield vs. American Photocopy Equip. Co.* que “la esencia de la acción por intromisión en la privacidad no es el daño a la reputación, sino (...) a los sentimientos, con independencia de cualquier efecto que la publicación [la intromisión] pueda tener en la propiedad, comercio o interés pecuniario, o de la situación del individuo en la comunidad”<sup>1365</sup>. Por tanto, la reparación de toda intromisión en la privacidad, *stricto sensu*, requiere en primer término reparar a la víctima por el daño personal sufrido a raíz de su exposición pública no deseada. En estos términos, la utilización del nombre de un artista, sin ánimo difamatorio, no es capaz de generar ese daño personal cuya reparación persigue la acción por intromisión en la privacidad, habida cuenta su exposición pública. Por tanto, tal y como señalábamos *ut supra*, el daño causado por la utilización no autorizada de un nombre artístico es meramente económico, proporcional al valor comercial de ese nombre – cuanto más conocido sea el artista, mayor valor tendrá su nombre, su marca.

En estos casos dice NIMMER<sup>1366</sup> que el valor comercial del nombre de una persona suele depender del tiempo, esfuerzo, talento, e incluso dinero, que esa persona haya invertido en ello; y recuerda que “uno de los primeros principios de la jurisprudencia angloamericana, un axioma de la naturaleza más fundamental, es que toda persona tiene derecho a los frutos de su trabajo, a menos que concurran con algún interés público”. Y recuerda que el derecho a la privacidad no

---

<sup>1363</sup> LEVINE, Marla E., *The Right of Publicity as a Means of Protecting Performers' Style*, Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 14, No. 129, 1980, pág. 131.

<sup>1364</sup> *Pavesich vs. New England Life Insurance Co.*, 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905).

<sup>1365</sup> *Fairfield vs. American Photocopy Equip. Co.*, 138 Cal. App. 2d 82, 291 P.2d 194 (1955).

<sup>1366</sup> NIMMER, Melville B., *The Right of Publicity*, Law and Contemporary Problems, núm. 19 (1954), pág. 216.

ofrece respuestas adecuadas a las personas que se han labrado, con su esfuerzo, los frutos del valor comercial de su nombre. En estos casos, la víctima no se opone al uso público, incluso comercial, de su nombre, sino al hecho de que ese uso no autorizado viola o conculca su derecho a controlar y beneficiarse de la publicidad que genera su nombre.

El primer pronunciamiento judicial que estableció la diferencia entre ambos intereses, el personal y el comercial, reconociendo expresamente el derecho de publicidad, o *right of publicity*, se produjo en 1953, con ocasión del fallo del Segundo Circuito de Apelaciones de los EEUU en *Haelan Laboratories, Inc. vs. Topps Chewing Gum, Inc.*<sup>1367</sup>. En este asunto la demandante había pactado con un jugador de beisbol la utilización en exclusiva de su imagen para promocionar sus productos (chicles), lo que no impidió a ese mismo jugador de beisbol otorgar poco después el mismo derecho a la demandada, empresa competidora de la primera. Frente a la pretensión de la demandante, que alegaba ostentar un derecho exclusivo sobre dicha imagen, la demandada se opuso argumentando que los contratos que ambas partes habían firmado con el jugador no eran sino meras descargas de responsabilidad en relación con el uso de su imagen, habida cuenta que lo contrario habría supuesto la violación de su derecho a la intimidad, en cuyo caso, y al tratarse de un derecho personal e intransferible, la demandante carecería de legitimación activa. El Tribunal rechazó la tesis de la demandada, y estimó la demanda sobre la base de las siguientes consideraciones: “Creemos que, en adición al y con independencia de [el] derecho a la privacidad (...) la persona ostenta un derecho en el valor publicitario de su fotografía, *v.gr.*, el derecho a otorgar el privilegio exclusivo para publicar su fotografía. Aunque catalogado como derecho de propiedad, es inmaterial, (...) la etiqueta propiedad sencillamente simboliza el hecho de que [la] pretensión tiene valor pecuniario. Este derecho podría denominarse derecho de publicidad. Es del conocimiento público que muchas personas prominentes (especialmente actores y jugadores de beisbol), lejos de ver dañados sus sentimientos a través de la exposición pública, se sentirían extremadamente despojados si dejaran de percibir dinero por autorizar anuncios publicitarios (...). Este derecho de publicidad (...) no generaría dinero a no ser que pudiera estar sujeto a cesiones exclusivas (...)”.

Por tanto y en definitiva, el Tribunal estimó que existe un interés económico que debe ser protegido a través del derecho de publicidad, distinguiéndolo así del derecho a la intimidad o privacidad.

---

<sup>1367</sup> *Haelan Laboratories, Inc. vs. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

También ambos derechos se distinguen por su propia naturaleza. Así, mientras el derecho a la intimidad o privacidad es un derecho personal y, por tanto, intransferible; el derecho de publicidad se ha ido configurando como un derecho *de propiedad* objeto de posible comercio<sup>1368</sup>, si bien es cierto que tradicionalmente han existido voces doctrinales reticentes a dicha categorización. Así, por ejemplo, en *Haelan Laboratories*<sup>1369</sup>, como hemos visto, el tribunal declaró que su catalogación como derecho *de propiedad* obedece “sencillamente (...) al hecho de que [la] pretensión tiene valor pecuniario”. PROSSER y KEETON<sup>1370</sup> van más lejos, al estimar que “resulta inútil debatir si dicho derecho debe ser clasificado como *propiedad*”.

A este respecto, el Tribunal Supremo de California, en *Lugosi vs. Universal Pictures*<sup>1371</sup>, realiza un análisis muy particular del derecho de publicidad como derecho *de propiedad*. En este asunto, los sucesores de Bela Lugosi demandaron a los estudios Universal Pictures, alegando haber heredado el derecho exclusivo de Bela Lugosi para explotar el valor comercial de su imagen como Conde Drácula y, en consecuencia, reclamando su participación en los beneficios obtenidos por dicha productora por la comercialización de varios productos inspirados en tal imagen. El Tribunal desestimó las pretensiones de la actora, declarando que el derecho a explotar el valor comercial del nombre e imagen es personal, y que, por tanto, se extingue con la muerte de la persona. Lo que no fue capaz de evitar el Tribunal fueron las múltiples contradicciones en las que entró al tratar de casar el contenido del derecho (a explotar comercialmente el nombre e imagen) con su supuesta naturaleza personal. Así, y sin negar expresamente el contenido económico o patrimonial de este derecho, el Tribunal declaró que su *ejercicio equivale a o coincide con su cesión o autorización* [a un tercero], y que ese ejercicio sólo corresponde al titular originario.

En todo caso, y con independencia de la *etiqueta* que se le quiera poner al derecho de publicidad, lo cierto es que la doctrina estadounidense es unánime al distinguir entre aquellas reclamaciones que tienen una base meramente económica (caso del derecho de publicidad), de aquellas otras relativas a daños personales o emocionales (caso del derecho de privacidad o intimidad), en tanto en cuanto incluso aquellos tribunales que no han querido clasificar el derecho de publicidad

---

<sup>1368</sup> Así opina de manera unánime la doctrina científica de los EEUU: GORDON, Harold R., *Right of Property in Name, Likeness, Personality and History*, Northwestern University Law Review núm. 55 (1960), págs. 553-559; NIMMER, Melville B., *The Right of Publicity*, *op. cit.*, pág. 203; TREECE, James M., *Commercial Exploitation of Names, Likenesses, and Personal Histories*, Texas Law Review, Vol. 51, núm. 4, abril 1973, págs. 637 y ss.; MCCARTHY, J. Thomas, *The Rights of Publicity and Privacy*, Vol. I, Ed. West Group, Nueva York, 2002, págs. 1-21.

<sup>1369</sup> *Haelan Laboratories, Inc. vs. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

<sup>1370</sup> PROSSER, William L. y KEETON, W. Page, *Prosser and Keeton on Torts*, 5ª ed., West Publishing Co., 1984, págs. 849 y ss.

<sup>1371</sup> *Lugosi vs. Universal Pictures*, 25 Cal. 3d 813 (1979).

como *propiedad* sí que han admitido, sin embargo, su posible ejercicio a través de cesión o licencia –por ejemplo en *Lugosi*.

Podemos encontrar otra diferencia entre los derechos de privacidad y publicidad en la responsabilidad derivada de la violación de uno y otro. Así, en una acción por intromisión en la privacidad o intimidad, la indemnización tendría carácter compensatorio por el daño moral causado, mientras que en una acción de publicidad, la indemnización se cuantifica en atención al beneficio obtenido por el infractor y/o los ingresos dejados de obtener por el titular del nombre.

Consabidas ambas diferencias entre uno y otro derecho, y que se concretan en el distinto interés protegido por los mismos (personal o económico), así como en su naturaleza (intransferible u objeto de comercio), el Tribunal Supremo estadounidense identificó en *Zacchini vs. Scripps-Howard Broadcasting Co.*<sup>1372</sup> [el único asunto en el que hasta la fecha el Alto Tribunal estadounidense ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho de publicidad] una tercera diferencia. Así, en *Zacchini* el Tribunal Supremo declara que el derecho a la privacidad y el derecho de publicidad se diferencian en cómo impactan en la difusión [o explotación] del nombre y/o la imagen. Según el Tribunal, con una acción en defensa de la privacidad se persigue el cese de esa difusión [o explotación], mientras que una acción de publicidad “la única cuestión es quién puede llevar a cabo la difusión [o explotación]”. Según LEVINE, en esta diferenciación subyace “el reconocimiento [por parte del Tribunal Supremo] del interés económico protegido por el derecho de publicidad”<sup>1373</sup>.

El derecho de publicidad puede definirse, pues, como el derecho a controlar el uso comercial de la identidad de una persona. Ahora bien, en los EEUU este derecho no es de ámbito federal, sino estatal, de tal modo que, en paralelo a su reconocimiento y configuración jurisprudencial, corresponde en última instancia a cada Estado de la Unión decidir si lo incluye en su cuerpo normativo y, en su caso, con qué extensión. Al día de la fecha diecinueve Estados reconocen en sus leyes el derecho de publicidad<sup>1374</sup>, y veintiocho lo reconocen conforme a la Jurisprudencia emanada de los tribunales como fuente principal del derecho bajo el *Common Law*. Ello significa, en esencia, que la configuración de este derecho varía de Estado a Estado – especialmente en aquéllos en los que aparece expresamente regulado. Ahora bien, en todos ellos encontramos un elemento común, que podríamos calificar de *esencial*, a saber: el derecho a controlar el uso o explotación comercial de determinados atributos de la identidad. Lo que varía

---

<sup>1372</sup> *Zacchini vs. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977).

<sup>1373</sup> LEVINE, Marla E., *The Right of Publicity*, *óp. cit.*, pág. 138.

<sup>1374</sup> En algún caso como subtipo del derecho de privacidad.

de Estado a Estado son los *atributos de la identidad* comprendidos en el derecho de publicidad. Así, en los atributos incluidos en el Código Civil de California son el nombre, la voz, la firma, la imagen y la apariencia<sup>1375</sup>. En Nueva York, sin embargo, los atributos previstos a estos efectos en su Ley de Derechos Civiles son el nombre, retrato, fotografía y voz<sup>1376</sup>. Y en Florida, conforme a su Estatuto, los atributos incluidos en el derecho de publicidad son el nombre, el retrato, fotografía, *u otras semejanzas*<sup>1377</sup>. Podríamos seguir así, Estado por Estado, y podríamos comprobar que, de entre todos los atributos, uno destaca especialmente: el *nombre*.

Efectivamente, en todas las leyes estatales que reconocen el derecho, así como en los diversos fallos judiciales, el nombre es el primer atributo [de la identidad] cuyo uso comercial está reservado a su titular, o a quien éste decida autorizar, al amparo del derecho de publicidad. Por tanto, y a los efectos que aquí interesan, reconocido el derecho del artista a utilizar su nombre (o seudónimo), y a que éste se asocie a sus interpretaciones (por vía contractual, al menos en los EEUU), el derecho de publicidad deviene en herramienta esencial para impedir que terceras personas exploten comercialmente dicho nombre. Herramienta que, a su vez, cobrará mayor importancia cuanto mayor sea el valor comercial del nombre artístico, es decir, para las celebridades.

Resulta obvio, y así lo dice McCARTHY, que el derecho de publicidad no pertenece en exclusiva a las celebridades, sino que “es inherente a toda persona”<sup>1378</sup>, de tal suerte que su reconocimiento no debe hacerse depender ni de la fama del artista, ni de la naturaleza de sus interpretaciones o ejecuciones –en vivo o grabadas, musicales o dramáticas, etc.–, ni del medio o soporte en que queden incorporadas, ni tan siquiera de su condición, o no, de artista intérprete o ejecutante.

Dicho lo anterior conviene aclarar, no obstante, que el derecho de publicidad no está concebido para proteger el nombre artístico como *marca*, sino como atributo personal de su titular. Y es que, efectivamente, el derecho de publicidad suele confundirse con determinados derechos de propiedad industrial, e incluso intelectual. Ahora bien, el origen y razón de ser de los derechos de propiedad intelectual e industrial y del derecho de publicidad demuestran que los intereses protegidos por unos y otros son distintos -aún cuando similares, en algunos casos, e incluso concurrentes, en otros.

---

<sup>1375</sup> Código Civil de California, §3344.1 (2008).

<sup>1376</sup> Ley de Derechos Civiles de Nueva York, art. 5 (derecho de privacidad), §51 (2000).

<sup>1377</sup> Estatuto de Florida – *West's Florida Statutes Annotated*, Título XXXIII, Capítulo 540, §540.08 (1998).

<sup>1378</sup> McCARTHY, J. Thomas, *The Rights of Publicity and Privacy*, *óp. cit.*, págs. 1-21.

Por ejemplo, conforme a la sección 102(a) CA, el derecho de autor se refiere a los derechos que uno adquiere sobre una *obra original de autoría fijada en cualquier medio o expresión tangible*<sup>1379</sup>, es decir, los derechos [exclusivos] en este caso se refieren a la obra, mientras que el derecho de publicidad, como derecho exclusivo, se refiere al nombre –de ahí que sí puedan encontrarse más similitudes entre este derecho y los de propiedad industrial, más concretamente el derecho de marcas.

Efectivamente, podría llegar a decirse que el derecho de publicidad se corresponde en género con la competencia desleal y la apropiación indebida, dos elementos fundamentales del derecho de marcas en los EEUU, tal y como aparece configurado en su Ley de Patentes y Marcas, la *Lanham Act*<sup>1380</sup>, y sobre los que volveremos más adelante.

Así, y del mismo modo que una marca, el derecho de publicidad puede servir como garantía de calidad al consumidor, especialmente si el nombre artístico en cuestión mantiene estándares de calidad autoimpuestos –en el caso de un actor, por ejemplo, trabajar únicamente con determinados directores, o anunciar únicamente productos de una determinada calidad (lo que a los ojos del espectador y del consumidor suele ser garantía de bonanza: “si trabaja [ese actor] seguro que la película es buena”; “si lo anuncia [esa actriz] seguro que el producto es bueno”.

También coinciden ambos derechos en la finalidad perseguida a través de su ejercicio: evitar que terceras personas se beneficien de la apropiación o uso indebido de la marca en un caso, y del nombre artístico en otro.

Todas estas coincidencias han llevado en no pocas ocasiones a confundir ambos derechos, especialmente en su ejercicio. Así, por ejemplo, en *Motown Record Corp. vs. Hormel & Co.*<sup>1381</sup>, donde la productora discográfica de las Supremes demandó a una empresa alimentaria por el uso no autorizado de la apariencia de dicho grupo musical en un anuncio de carnes guisadas, en el que aparecían tres mujeres de color interpretando una versión adaptada de *Baby Love*<sup>1382</sup>. La productora basó su demanda en que tenía registrado el nombre artístico *The Supremes* como marca, y a tal efecto invocó la *Lanham Act*. La demandada se defendió argumentando que no habían utilizado el nombre del grupo musical (la *marca*), sino la mera apariencia, estilo e imagen

---

<sup>1379</sup> *Original works of authorship fixed in any tangible medium or expression.*

<sup>1380</sup> Título 15 del US Code, §§ 1051 y ss., de 1946, que establece un sistema nacional de registro de marcas, protegiendo al titular de las mismas frente a usos no autorizados.

<sup>1381</sup> *Motown Record Corp. vs. Hormel & Co.*, 657 F. Supp.1236 (C.D. Cal. 1987).

<sup>1382</sup> De Brian Holland, Lamont Dozier y Eddie Holland (1964), popularizada por las Supremes.

de las Supremes, atributos éstos sobre los que la productora no ostentaba marca registrada alguna. El Tribunal, como no podía ser de otra manera, denegó la protección solicitada, poniendo de relieve así que, si bien el derecho de marcas puede ser la herramienta más eficaz para la protección del nombre artístico *stricto sensu*, cuando la utilización no autorizada se refiere a la imagen, apariencia u otros atributos, el derecho más eficaz es el de publicidad.

Son muchos los asuntos en los que podemos observar que el derecho de publicidad en realidad protege usos no autorizados de atributos personales distintos al nombre, y eso a pesar de su formulación. Así, por ejemplo, en *Zacchini*<sup>1383</sup> el Tribunal Supremo de los EEUU reconoció el derecho de publicidad de un artista, no ya frente al uso de su nombre o imagen, sino de su actuación. En este asunto el Tribunal declaró que la primera enmienda (que impide la promulgación de leyes que impidan la libertad de expresión y de prensa<sup>1384</sup>) “no inmuniza de responsabilidad civil a los medios de comunicación cuando éstos emiten íntegramente la actuación de un artista sin su consentimiento”, declarando igualmente que la Constitución Federal no impide a los Estados que puedan imponer a los organismos de radiodifusión el pago de una compensación a favor de los artistas –basada en el derecho de publicidad que, como ya se ha dicho, no constituye *copyright*.

En este sentido, resulta especialmente relevante la jurisprudencia del Noveno Circuito de Apelaciones de los EEUU –cuya jurisdicción incluye al Estado de California–, tanto por su volumen como por la doctrina que se ha ido construyendo.

Partiendo de *Midler vs. Ford Motor Co.*<sup>1385</sup>, en el que la demandada había encargado a un artista que imitara el estilo y voz de la cantante Bette Midler, para su grabación e inclusión en un anuncio de coches, el Tribunal estimó las pretensiones de ésta sobre la base del derecho de publicidad propio del *Common Law* californiano<sup>1386</sup>.

Cumple advertir, en todo caso, que la demandada, Ford Motor Co., no había incumplido normativa alguna en materia de *copyright*, y así lo consideró el propio Tribunal, toda vez que contaba con todas las licencias pertinentes para la realización de dicha grabación, así como para

---

<sup>1383</sup> *Zacchini vs. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977).

<sup>1384</sup> Recuérdese que el Tribunal de Apelaciones de Nueva York, en *Roberson vs. Rochester Folding Box Co.* [171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (1902)] había rechazado el derecho de privacidad sobre la base de su temor a poder limitar la libertad de prensa.

<sup>1385</sup> *Midler vs. Ford Motor Co.*, 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988).

<sup>1386</sup> El Tribunal no pudo encontrar fundamento en el Código Civil de California –Sección 3344(a), sobre derecho de publicidad–, puesto que la voz utilizada por la demandante no era la de Midler, sino una *imitación* de la misma, llevada a cabo por persona distinta [que, además, no era competidora de aquélla, por lo que tampoco cupo la aplicación de la doctrina sobre competencia desleal].



su inclusión en su propia campaña publicitaria. Más aun, el Tribunal declaró que “la mera imitación de una actuación grabada no constituye una violación del *copyright*, aunque el artista intencionadamente intente imitar la actuación de otro, con la mayor exactitud posible”.

La doctrina estadounidense califica esta actitud, cuanto menos de “extraña”<sup>1387</sup>, toda vez que resulta inexplicable que, habiendo reconocido los anteriores extremos, el Noveno Circuito se inclinara por aplicar la normativa consuetudinaria del Estado de California, en lugar de la federal en materia de *Copyright*.

En *Waits vs. Frito-Lay, Inc.*<sup>1388</sup> el Noveno Circuito ratificó su postura, acordando una indemnización de más de dos millones y medio de dólares a favor del cantante Tom Waits por la imitación de su voz en un anuncio radiofónico de *Doritos*, basando el fallo igualmente en la no abrogación de la normativa estatal en materia de derecho de publicidad.

En ambos casos el derecho de publicidad no se vio atacado por el uso de la imagen (concepto que comprende igualmente la voz, el nombre, etc.) del artista, sino de *imitaciones* de la misma, realizadas por *otras* personas –con mayor o menor parecido a la del artista imitado. Es decir, tanto en *Midler* como en *Waits*, lo que las demandantes explotaron no fue la actuación de tales artistas, sino sus *imitaciones*, llevadas a cabo por personas distintas e incorporadas en sus respectivos soportes –sobre los que ostentaban el *copyright*. Por tanto, el Tribunal bien pudiera haber estimado que las demandadas ostentaban todos los derechos necesarios para llevar a cabo tales actos de explotación y que, por tanto y con especial atención a lo dispuesto en la Sección 301 CA, la normativa estatal habría cedido a favor de la federal.

Pero el Noveno Circuito fue aún más lejos en *White vs. Samsung Electronics America, Inc.*<sup>1389</sup>, donde se debatió si la caracterización de un robot imitando a la actriz y presentadora de televisión Vanna White, para su utilización en un anuncio comercial, requería de su autorización previa. Puesto que el robot no utilizó ni el nombre de Vanna White, ni su voz, ni su firma, ni su fotografía, etc., sino sencillamente una peluca y su emplazamiento en un set televisivo similar al que hizo popular a esta presentadora, no resultaba aplicable el Código Civil de California, acudiendo, una vez más, al derecho consuetudinario de dicho Estado, en materia de derecho de

---

<sup>1387</sup> NIMMER, Melville B. y NIMMER, David, *Nimmer on Copyright*, óp. cit., vol. 1, pág. §1.01[B][3][b][i].

<sup>1388</sup> *Waits vs. Frito-Lay, Inc.*, 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992).

<sup>1389</sup> *White vs. Samsung Electronics America, Inc.*, 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992).

publicidad, para construir una suerte de *derecho de evocación*<sup>1390</sup> al que acomodar las pretensiones de la actora.

Ahora bien, en este caso particular la evocación sólo es posible gracias al set televisivo en que se ubica al robot. Efectivamente, el robot únicamente apareció ataviado con una peluca y varios collares, por lo que la única evocación posible de Vanna White se debía al set televisivo en el que ésta adquirió su popularidad<sup>1391</sup>. De esta manera cumple advertir que, mientras que en *Midler* y *Waits* la controversia giraba en torno a las imitaciones de sus respectivas voces, en *White* se trata de la imitación de un set televisivo sobre el que ella no ostenta derecho alguno y, aún así, el Tribunal falló a su favor.

No obstante lo anterior, uno de los magistrados<sup>1392</sup> emitió un voto particular declarando que bajo esa misma lógica “Johnny Weismuller podría haber demandado a todo actor que hubiera interpretado el papel de Tarzán; Sylvester Stallone podría demandar actores que interpreten boxeadores con calzones de cuello azul; Chuck Norris podría demandar a todo experto karateka que demostrara sus habilidades en una obra cinematográfica”.

El caso es que con estas resoluciones, y otras que las siguieron, el Noveno Circuito realizó una interpretación tan extensiva del derecho de publicidad que virtualmente impide la realización de nuevas versiones de cualesquiera obras audiovisuales sin tener que compensar a los actores que participan en ellas –lo cual es radicalmente opuesto a la norma federal, por cuanto que el *Copyright* incluye expresamente el derecho exclusivo de autorizar la realización de obras derivadas. Así, a juicio de NIMMER<sup>1393</sup>, “uno podría llegar a pensar que aquéllos que residen en el lejano oeste americano pueden reclamar sus derechos estatales de publicidad sin preocuparles cómo afectan los intereses del *Copyright* federal”.

En *Fleet vs. CBS, Inc.*<sup>1394</sup>, el Tribunal de Apelaciones de California tuvo que resolver la reclamación de un grupo de actores de una película, sobre la que no ostentaban *copyright* alguno, argumentando que su explotación constituía una violación de su derecho estatal de publicidad –quizás animados por la doctrina sentada por el Noveno Circuito. El Tribunal californiano entendió, con buen criterio, que dicha reclamación versaba sobre derechos *equivalentes* a los que integran el *Copyright* y, por tanto, sujeta al Título 17 del USC (a la norma federal). Así, el

---

<sup>1390</sup> NIMMER, Melville B. y NIMMER, David, *Nimmer on Copyright*, *óp. cit.*, vol. 1, pág. §1.01[B][3][b][i].

<sup>1391</sup> *Wheel of Fortune* (Ruleta de la Fortuna), concurso televisivo emitido por la NBC desde 1975.

<sup>1392</sup> *Vid.* voto particular del Magistrado ALARCÓN, J., en 971 F.2d 1407 (*White vs. Samsung Electronics America, Inc.*).

<sup>1393</sup> NIMMER, Melville.B. y NIMMER, David, *Nimmer on Copyright*, *óp. cit.*, vol. 1, pág. §1.01[B][3][b][ii]

<sup>1394</sup> *Fleet vs. CBS, Inc.*, 50 Cal. App. 4th 1911 (1996).

Tribunal declaró que “un derecho es equivalente a los derechos comprendidos en el ámbito exclusivo del *copyright* cuando su infracción se produce con ocasión del mero acto de reproducir, comunicar o distribuir la obra”, alcanzando la conclusión de que “la parte que no ostenta el *copyright* sobre una actuación incorporada a una grabación no puede impedir su explotación por parte de aquél que sí lo ostenta [el *copyright*] sobre la base del derecho estatal”.

Sobre la base de esta sentencia, el Tribunal de Distrito (de ámbito federal) que resolvió *Laws vs. Sony Music Entm't Inc.* en primera instancia desestimó las pretensiones de la actora<sup>1395</sup>, basadas en el derecho de publicidad, entendiendo que de cualquier otra manera la grabación sonora objeto de controversia se quedaría al margen de los parámetros del Título 17 del USC, en clara contradicción con el espíritu del Congreso de abrogar la normativa estatal en materia de *Copyright*.

El asunto finalmente llegó al Noveno Circuito, que ratificó la sentencia de instancia, poniendo fin así a su tradicional interpretación y aplicación extensiva del derecho de publicidad. Para ello, el Tribunal dedica gran parte de su sentencia<sup>1396</sup> a comparar los hechos en *Midler* y *Waits* con aquellos otros en *Laws*: “En contraste con *Midler* y *Waits*, donde el licenciatario únicamente obtuvo licencia para la canción y luego imitó la voz del artista, aquí [en *Laws*] Sony obtuvo licencia para usar la grabación misma de *Laws*”, concluyendo que la reclamación de *Laws* entra en el ámbito del *copyright* porque “la actuación cuya apropiación indebida se alega está íntegramente contenida en un medio protegido [sujeto a *copyright*]”.

En otras palabras: conforme a la nueva doctrina del Noveno Circuito, si la actuación que se utiliza está fijada en un soporte o medio protegido por el *copyright*, las reclamaciones basadas en cualquier uso de la misma han de tramitarse conforme a la normativa federal en la materia (Título 17 del USC), no teniendo cabida, por tanto, las reclamaciones basadas en el derecho estatal de publicidad.

Pese a que el Tribunal dejó advertido en la sentencia que no todas las reclamaciones en materia de publicidad están abrogadas por el CA, lo cierto es que la lógica empleada en *Laws* podría dejar sin efecto el derecho de publicidad, toda vez que la mayoría de las reclamaciones

---

<sup>1395</sup> La cantante Debra Laws tenía un contrato con Elektra Records, autorizando a ésta para obtener el *copyright* sobre sus grabaciones, entre las que se incluía *Very Special*, así como para licenciar su uso. La matriz de Elektra, Warner, licenció a Sony Music un fragmento de *Very Special*, para su inclusión en otra obra interpretada por Jennifer López (*All I Have*), que obtuvo un rotundo éxito de ventas. Debra Laws decidió demandar a Sony, y no a Warner o Elektra, sobre la base de su derecho de publicidad.

<sup>1396</sup> *Laws vs. Sony Music Entertainment Inc.*, 448 F.3d 1134 (9th Cir. 2006).

proviene de usos que tienen como base la fijación [en un soporte sujeto a *copyright*] de aspectos propios de la identidad del sujeto –imagen y/o voz en grabaciones audiovisuales y/o sonoras, imagen en fotografías, etc.

En todo caso, lo cierto es que las distintas resoluciones judiciales encierran una lógica, de la que se deriva la regla general para delimitar el derecho de publicidad de los artistas intérpretes o ejecutantes en los EEUU. Así, el derecho de publicidad es sistemáticamente estimado cuando se trata del uso comercial de la imagen del sujeto, ya sea directamente (por ejemplo, mediante el uso de una fotografía<sup>1397</sup>) o indirectamente (por medio de la imitación<sup>1398</sup>), y desestimado cuando lo que se explota son obras sujetas a *copyright*, en las que la fijación de la interpretación o ejecución ha sido previamente consentida por el sujeto afectado –una obra audiovisual en la que actúa Fleet, una imagen de Dustin Hoffman en Tootsie<sup>1399</sup>, una obra musical interpretada por Debra Laws, etc.

NIMMER<sup>1400</sup> realiza la misma clasificación, pero basada en la regla de los *usos*, distinguiendo entre los que son exclusivamente comerciales y aquellos otros que son fundamentalmente artísticos. Así, según este autor, “una canción puede ser utilizada para expresar la visión artística de Jennifer López, pero no para anunciar Cheetos y Cherokees; una fotografía de June Toney estaría correctamente expuesta en un museo, pero no puede ser utilizada para adornar un bote de champú”<sup>1401</sup>.

En cualquier caso, lo cierto es que el derecho de publicidad no supone la capacidad o facultad del artista para controlar el uso de su interpretación o ejecución incorporada a una obra. Dicha facultad corresponde, en exclusiva, al titular del *copyright* –que, como se ha anticipado, corresponde al productor.

No se trata, pues, de un derecho de propiedad [intelectual] sobre su interpretación o ejecución –similar a los reconocidos a los artistas en aquellas legislaciones inspiradas en el sistema continental de Derecho de autor–, sino sobre su *imagen*, que únicamente le faculta para exigir

---

<sup>1397</sup> Vid. por ejemplo, *Toney vs. L'Oreal USA, Inc.*, 384 F.3d 486 (7th Cir. 2004), en el que se ventiló el uso no autorizado de una fotografía del demandante en una campaña publicitaria de L'Oreal, habiendo expirado el plazo para el que aquél autorizó el uso de la misma.

<sup>1398</sup> Así, por ejemplo, en *Midler, Waits y White*.

<sup>1399</sup> *Hoffman vs. Capital Cities/ABC, Inc.* 255 F.3d 1180 (9th Cir. 2001), en el que una revista – Los Angeles Magazine – utilizó una fotografía de Dustin Hoffman extraída de la película Tootsie.

<sup>1400</sup> NIMMER, Melville B. y NIMMER, David, *Nimmer on Copyright*, *óp. cit.*, vol. 1, pág. §1.01[B][3][b][iv][I]

<sup>1401</sup> El uso artístico, entendemos, estará permitido en la medida en que el cesionario cuente con los derechos oportunos (licencia obtenida del titular del *copyright*), de lo contrario el uso sería ilícito, aún cuando las acciones correspondientes se tramitarían por los cauces del *copyright* (a instancia de su titular), y no del derecho de publicidad que pudiera ostentar el artista.

una participación en la explotación comercial de la misma –siempre y cuando dicho uso no se base en una fijación de su imagen, ya sea como actor, como bailarín, etc., previamente autorizada en el marco del *Copyright* (por ejemplo, al realizar una película).

Tampoco es este derecho, ni el de privacidad, el equivalente de los derechos morales que conocemos en España y demás legislaciones de nuestro entorno más inmediato, pues lo que se protege es la imagen del artista –frente a usos comerciales de la misma.

#### 2.6.2.4.- El contrato de producción audiovisual como fuente de derechos morales: el *credit right* del artista.

En este apartado haremos referencia, por último, a un derecho contractualmente reconocido al artista, y que se asemeja al derecho de paternidad. Se trata del denominado *credit right* o derecho del artista a aparecer citado en los créditos de la obra como intérprete de la misma, ya sea por contrato o por convenio colectivo.

Los contratos son, en efecto, una de las principales fuentes de este derecho que podríamos calificar como de paternidad. Así, la identificación del artista en los títulos de crédito de la obra audiovisual, como intérprete de la misma, suele ser una de las principales cláusulas en todo contrato de producción. En el modelo de contrato de producción propuesto por NIMMER<sup>1402</sup> para actores en cualquier obra cinematográfica (*motion picture*) encontramos, bajo la rúbrica de “Crédito”, la siguiente cláusula: “Sujeto a lo previsto en la Cláusula 1 de los Términos y Condiciones Adicionales [sobre cesión de derechos al productor e indemnidad], y asumiendo que el artista aparece reconocible en el papel establecido en la Cláusula I de este Contrato [sobre la obra y el papel a interpretar por el actor] tal y como se publique la obra, el artista tendrá concedido crédito, en pantalla, en los títulos principales (de haberlos), en tarjeta independiente, en no menos de la primera posición de todo el reparto, en un tamaño de fuente no inferior al tamaño medio de fuente empleada para el crédito más grande concedido a cualquier otro artista. Cualquier otro asunto relativo a dicho crédito será decidido por el productor a su discreción. El artista no tendrá derecho a recibir ningún crédito en publicidad remunerada”.

En idéntico sentido, el convenio colectivo negociado y administrado por SAG-AFTRA para producciones audiovisuales de cine y televisión<sup>1403</sup> (2009), contiene una previsión sobre los

---

<sup>1402</sup> NIMMER, Melville B. y NIMMER, David, *Nimmer on Copyright*, *óp. cit.*, vol. 5, pág. §23.06[E][1].

<sup>1403</sup> 2009 Screen Actors Guild Theatrical Motion Pictures and Television Contract.

títulos de crédito, en cuya virtud: (i) en producciones para la televisión (largometrajes, series, etc.) se requiere al menos una ficha en los créditos finales –siempre y cuando se negocie con el productor, pues en caso contrario será decisión de éste; y (ii) en obras explotadas en salas de exhibición cinematográfica, y dependiendo del elenco artístico, los artistas tendrán derecho a aparecer, o bien en los títulos de crédito en pantalla (obras con un reparto de 50 o menos artistas), o bien en un listado al final de la obra (en aquéllas con un reparto superior a 50 artistas).

Dicho convenio prevé, además, las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento por parte del productor, concretándose en indemnizaciones a favor del artista en función de su salario, y con un máximo de hasta seis mil dólares<sup>1404</sup>.

### 3.- LA PROTECCIÓN DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES EN EL REINO UNIDO.

La Ley británica de derecho de autor, diseños y patentes, de 1988, en lo sucesivo LDADP, reconoce a los artistas los derechos morales de paternidad e integridad. Así, conforme a su Sección 205C<sup>1405</sup> el artista tiene el derecho a ser identificado como el intérprete de sus actuaciones en vivo o fijadas en un fonograma<sup>1406</sup>; y, conforme a su Sección 205F<sup>1407</sup>, se produce una violación del derecho [moral] del artista si su interpretación es emitida en directo o, a partir

<sup>1404</sup> Nótase que dichas sanciones serán generalmente aplicables en casos de artistas con caché reducido, cuya aparición en los títulos de crédito no reportan ningún *beneficio* al productor. Por su parte, raramente se darán conflictos parecidos en relación con los artistas más célebres, pues el productor, por motivos obvios de carácter promocional, es el primer interesado en que los nombres de aquéllos figuren de manera destacada – casi todas las películas comienzan con la productora presentando a los principales artistas, así, por ejemplo, *Casablanca* (1942) abre presentando a todo el reparto, de la siguiente manera: *Warner Bros. Pictures Inc. – Productor Ejecutivo Jack L. Warner / presenta a HUMPHREY BOGART, INGRID BERGMAN, PAUL HENREID / en CASABLANCA / con Claude Rains, Conrad Veidt, Sydney Greenstreet, Peter Lorre / y S.K. Sakall, Madeleine LeBeau, Doodley Wilson, Joy Page, John Qualen, Leonid Kinskey, Curt Bois*; de la misma manera abre *Con faldas y a lo loco* (*Some Like it Hot*, 1959): *Ashton Productions Inc. presenta / una película de Mirisch Company / MARILYN MONROE / TONI CURTIS / JACK LEMMON en / Con Faldas y a lo Loco (Some Like it Hot).*

<sup>1405</sup> §.205C Right to be identified as performer

(1) Whenever a person-- (a) produces or puts on a qualifying performance that is given in public, (b) broadcasts live a qualifying performance, (c) communicates to the public a sound recording of a qualifying performance, or (d) issues to the public copies of such a recording, the performer has the right to be identified as such.

(2) The right of the performer under this section is (a) in the case of a performance that is given in public, to be identified in any programme accompanying the performance or in some other manner likely to bring his identity to the notice of a person seeing or hearing the performance, (b) in the case of a performance that is broadcast, to be identified in a manner likely to bring his identity to the notice of a person seeing or hearing the broadcast, (c) in the case of a sound recording that is communicated to the public, to be identified in a manner likely to bring his identity to the notice of a person hearing the communication, (d) in the case of a sound recording that is issued to the public, to be identified in or on each copy or, if that is not appropriate, in some other manner likely to bring his identity to the notice of a person acquiring a copy, or (in any of the above cases) to be identified in such other manner as may be agreed between the performer and the person mentioned in subsection (1). .../...

<sup>1406</sup> Efectivamente, al enumerar las formas de explotación en las que el artista debe aparecer identificado como tal, la Sección 205C se refiere a las interpretaciones en vivo o a las emisiones de tales interpretaciones en vivo, así como a la *comunicación al público de grabaciones sonoras de una interpretación protegida y a copias de dicha grabación.*

<sup>1407</sup> §.205F(1) Right to object to derogatory treatment of performance.

(1) The performer of a qualifying performance has a right which is infringed if – (a) the performance is broadcast live, or (b) by means of a sound recording the performance is played in public or communicated to the public, with any distortion, mutilation or other modification that is prejudicial to the reputation of the performer.

de su fijación sonora, comunicada al público con cualquier distorsión, mutilación u otra modificación que cause perjuicio a su reputación.

Podría argumentarse que la legislación británica no reconoce derecho moral alguno a los artistas sobre sus interpretaciones audiovisuales, habida cuenta que las precitadas Secciones 205C y 205F fueron introducidas en la LDADP en 2006, de cara a la ratificación del WPPT por parte del Reino Unido tres años después<sup>1408</sup>. Ello, además de explicar el hecho de que los derechos morales sobre las interpretaciones fijadas estén limitados a las grabaciones sonoras<sup>1409</sup>, significaría que las únicas interpretaciones en directo protegidas por el derecho moral en aquel país serían las sonoras, pues así lo dispone el art. 5.1 WPPT (*en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas*).

Sin embargo, la Sección 180(2) LDADP dispone que el concepto de *interpretación o ejecución* incluye las *interpretaciones dramáticas (incluidas la danza y los mimos)*, así como, entre otras, la *lectura o recitación de una obra literaria*. Esta definición, en conexión con las precitadas Secciones 205C y 205F nos hace llegar a la conclusión de que tales interpretaciones, cuando se producen en vivo, están igualmente protegidas por el derecho moral, y ello porque la LDADP, a diferencia del WPPT (art. 5.1), no limita dicha protección a las *interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo*, sino a las interpretaciones [cualesquiera comprendidas en la definición de la precitada Sección 108(2)] en vivo comunicadas al público en directo o a través de su radiodifusión.

Tanto la tardía inclusión de los derechos morales del artista en su legislación, como las dudas suscitadas en cuanto a su ámbito (ciertamente limitado, al menos en el caso de las interpretaciones fijadas, a los fonogramas), no es sino muestra de la ausencia de tales derechos en los sistemas anglosajones de *Copyright*, en los que la creación intelectual se concibe desde un punto de vista estrictamente mercantil, sin vínculos de carácter espiritual en la persona del creador. Efectivamente, y como se ha dicho<sup>1410</sup>, en el *Copyright* los intereses personales de los artistas se protegen a través del derecho consuetudinario propio del *Common Law*, así como en disposiciones normativas propias del Derecho de Marcas –tales como la falsa atribución o el derecho de publicidad.

---

<sup>1408</sup> Si bien el Reino Unido firmó el WPPT el 13 de febrero de 1997, el instrumento de ratificación es de fecha 14 de diciembre de 2009 – la misma fecha en que dicho tratado fue ratificado por la UE y por varios de sus Estados miembros.

<sup>1409</sup> Vid. sección 205C LDADP.

<sup>1410</sup> Vid. epígrafe 2.6.2 del presente Capítulo, acerca de los derechos morales sobre las interpretaciones audiovisuales en el *Copyright* de los EEUU.

Otros intereses personales del artista son protegidos en tales sistemas por la vía contractual, individual o colectiva, de tal suerte que serán los contratos celebrados con el productor de la grabación audiovisual, por ejemplo, los que determinen la obligación de este último de citar el nombre de cada artista en dicha grabación —el denominado *derecho de crédito*, o derecho [contractual] del artista a que su nombre o pseudónimo aparezca citado en los créditos de la obra o grabación audiovisual<sup>1411</sup>.

Por lo que a los derechos patrimoniales se refiere, la Sección 182.1 LDADP<sup>1412</sup> cataloga de infracción de los derechos del artista la realización de cualesquiera de los siguientes actos de explotación sin el consentimiento de aquél: (a) la *grabación* [fijación] total o parcial (*de una parte sustancial*) de una interpretación en vivo; (b) la radiodifusión en vivo, también total o parcial (*de una parte sustancial*) de la interpretación; y (c) la *grabación* [fijación] total o de una parte sustancial de una emisión de la interpretación en vivo. Conforme a la Sección 182.2<sup>1413</sup>, *las acciones por infracción de los derechos del artista formuladas sobre la base de esta Sección no darán lugar a indemnización contra el demandado cuando este pruebe que en el momento de la infracción tenía el convencimiento, sobre bases razonables, de contar con el consentimiento [del artista]*.

La Sección 182A LDADP<sup>1414</sup> reconoce el derecho exclusivo del artista a autorizar la reproducción de las fijaciones de sus interpretaciones, formulándolo de manera similar (v.gr. desde la perspectiva de la infracción de los *derechos de los artistas*) a la de la Sección 182.1, en relación con el derecho de fijación. Así, su primer apartado establece que tales derechos *son infringidos por una persona que sin su consentimiento [del artista] realice una copia de la grabación de todo o una parte sustancial de la interpretación*.

---

<sup>1411</sup> *Ibid.*

<sup>1412</sup> §.182 Consent required for recording, &c of live performance

(1) A performer's rights are infringed by a person who, without his consent —

(a) makes a recording of the whole or any substantial part of a qualifying performance directly from the live performance,

(b) broadcasts live the whole or any substantial part of a qualifying performance,

(c) makes a recording of the whole or any substantial part of a qualifying performance directly from a broadcast of the live performance.

<sup>1413</sup> In an action for infringement of a performer's rights brought by virtue of this section damages shall not be awarded against a defendant who shows that at the time of the infringement he believed on reasonable grounds that consent had been given.

<sup>1414</sup> §.182A Consent required for copying of recording

(1) A performer's rights are infringed by a person who, without his consent, makes a copy of a recording of the whole or any substantial part of a qualifying performance.

(1A) In subsection (1), making a copy of a recording includes making a copy which is transient or is incidental to some other use of the original recording.

(2) It is immaterial whether the copy is made directly or indirectly

(3) The right of a performer under this section to authorise or prohibit the making of such copies is referred to in this Chapter as reproduction right.



Los derechos exclusivos de distribución y alquiler o préstamo aparecen reflejados en las Secciones 182B.(1)<sup>1415</sup> y 182.C(1)<sup>1416</sup> LDADP, respectivamente, en cuya virtud *los derechos del artista son infringidos por una persona que, sin su consentimiento [del artista] distribuye, alquila o presta al público copias de la grabación total o de una parte sustancial de su interpretación.*

Por su parte, la Sección 182CA(1) LDADP<sup>1417</sup> establece el derecho exclusivo del artista de autorizar la puesta a disposición interactiva de sus interpretaciones: *los derechos del artista son infringidos por una persona que, sin su consentimiento [del artista], pone a disposición del público una grabación de la totalidad o de una parte sustancial de su interpretación por medios de transmisión electrónica, de tal modo que los miembros del público puedan acceder a la grabación desde el lugar y en el momento que individualmente escojan.*

Y, por último, las Secciones 183 y 184 LDADP prevén dos infracciones adicionales a los derechos de los artistas, referidas en ambos casos a determinados actos de explotación llevados a cabo a partir de una grabación o fijación realizada sin el consentimiento del artista (*grabación ilícita*, dice la Sección 184 *in fine*), más concretamente su comunicación al público y su importación al Reino Unido para fines no estrictamente privados o domésticos.

La Sección 191A(1) LDADP<sup>1418</sup> califica a los derechos exclusivos previstos en las precitadas Secciones 182A (derecho de reproducción), 182B (derecho de distribución), 182C (derecho de alquiler y préstamo) y 182CA (derecho de puesta a disposición) como *derechos de propiedad de los artistas*. Es decir, si bien no emplea el término *conexos* o *vecinos* al referirse a tales derechos, tampoco los califica de *copyright* ni, como quizás hubiera sido deseable en sintonía con los derechos del autor –*el copyright sobre las interpretaciones*. En cualquier caso, su consideración de *derechos de propiedad*, que por otro lado no puede ser sino *intelectual* o *inmaterial*, supone una clara aproximación del sistema británico del *Copyright* a la tradición legislativa continental en esta materia, al tiempo que reconoce a su titular una disposición plena, absoluta y oponible *erga omnes* de su interpretación, lo que incluye la facultad de explotarla o cederla, sin más límites que los previstos en la Ley.

---

<sup>1415</sup> *A performer's rights are infringed by a person who, without his consent, issues to the public copies of a recording of the whole or any substantial part of a qualifying performance.*

<sup>1416</sup> *A performer's rights are infringed by a person who, without his consent, rents or lends to the public copies of a recording of the whole or any substantial part of a qualifying performance.*

<sup>1417</sup> *A performer's rights are infringed by a person who, without his consent, makes available to the public a recording of the whole or any substantial part of a qualifying performance by electronic transmission in such a way that members of the public may access the recording from a place and at a time individually chosen by them.*

<sup>1418</sup> §.191A Performers' property rights

(1) *The following rights conferred by this Chapter on a performer -reproduction right (section 182A), distribution right (section 182B), rental right and lending right (section 182C), making available right (section 182CA), are property rights ("performer's property rights").*

En este sentido, la Sección 191B(1) LDADP<sup>1419</sup> dispone que *los derechos de propiedad del artista son transmisibles por cesión o por disposición testamentaria o legal, como propiedad personal o móvil*<sup>1420</sup>.

Por tanto, y en definitiva, el artista podrá negociar con el productor de la grabación audiovisual las condiciones concretas para la cesión de sus derechos de explotación, como *derechos de propiedad* –negociación que suele tener forma colectiva, a través del sindicato correspondiente. Y es que, la única presunción de cesión que encontramos en la LDADP es la contenida en su Sección 191F(1)<sup>1421</sup>, relativa al derecho exclusivo de alquiler, y conforme a la cual, cuando se celebra un contrato relativo a la producción de una grabación audiovisual, se presumirá, salvo pacto en contrario, que el artista ha cedido al productor de la grabación su derecho exclusivo de alquiler.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la precitada Sección 191F LDADP, la Sección 191G<sup>1422</sup> establece que cuando el artista haya cedido su derecho exclusivo de alquiler al productor de la grabación audiovisual, conservará el derecho a una remuneración equitativa por tal forma de

---

<sup>1419</sup> *A performer's property rights are transmissible by assignment, by testamentary disposition or by operation of law, as personal or moveable property.*

<sup>1420</sup> No encontramos en el *Common Law* británico una definición legal de *propiedad* similar a la que podemos encontrar en cualquier otro país con un sistema de Derecho civil codificado, como es el caso de España (cuyo Código Civil define la *propiedad*, en su art. 348, como el *derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en la leyes*). Y es que el sistema legal británico a este respecto no ha sido codificado, si bien existen varias leyes que regulan determinados aspectos de la propiedad, como la Ley de la Propiedad de 1925 (*Law of Property Act*), que establece distintos tipos de propiedad en función del objeto sobre el que se reconoce el derecho [de propiedad]. Así, la propiedad puede ser *estate*, si recae sobre un bien inmueble; o *moveable* (móvil), si recae sobre un bien mueble. Según BLACKSTONE, en *Comentarios a las leyes de Inglaterra* (1765-1769) “*las cosas reales [inmuebles] son tales puesto que son permanentes, fijas e inmóviles; no pueden desplazarse de su lugar, como terrenos y viviendas (...) las cosas personales son bienes, dinero y cualquier otra [cosa] móvil; pueden servir a la persona de su propietario allá donde el estime oportuno ir*” -BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, compendiados y adaptados por Malcom Kerr, Robert, Ed. John Murray, Londres, 1873, pág. 125. La propiedad intelectual o, en nuestro caso, los *derechos de propiedad* del artista son, pues, y como señala la Sección 191B LDADP, propiedad personal o móvil.

<sup>1421</sup> *Where an agreement concerning film production is concluded between a performer and a film producer, the performer shall be presumed, unless the agreement provides to the contrary, to have transferred to the film producer any rental right in relation to the film arising from the inclusion of a recording of his performance in the film.*

<sup>1422</sup> §.191G Right to equitable remuneration where rental right transferred

(1) *Where a performer has transferred his rental right concerning a sound recording or a film to the producer of the sound recording or film, he retains the right to equitable remuneration for the rental. The reference above to the transfer of rental right by one person to another includes any arrangement having that effect, whether made by them directly or through intermediaries.*

(2) *The right to equitable remuneration under this section may not be assigned by the performer except to a collecting society for the purpose of enabling it to enforce the right on his behalf. The right is, however, transmissible by testamentary disposition or by operation of law as personal or moveable property; and it may be assigned or further transmitted by any person into whose hands it passes.*

(3) *Equitable remuneration under this section is payable by the person for the time being entitled to the rental right, that is, the person to whom the right was transferred or any successor in title of his.*

(4) *The amount payable by way of equitable remuneration is as agreed by or on behalf of the persons by and to whom it is payable, subject to section 191H (reference of amount to Copyright Tribunal).*

(5) *An agreement is of no effect in so far as it purports to exclude or restrict the right to equitable remuneration under this section.*

(6) *In this section a "collecting society" means a society or other organisation which has as its main object, or one of its main objects, the exercise of the right to equitable remuneration on behalf of more than one performer.*

explotación. Este derecho es irrenunciable, su gestión únicamente puede encomendarse a una entidad de gestión colectiva, y el obligado al pago es la persona a la que se cedió el derecho exclusivo (v.gr., el productor).

Además, la LDADP prevé una serie de *actos permitidos a pesar del copyright* –que, en el caso de las interpretaciones audiovisuales, aparecen indicados en el Anexo 2 de la propia Ley, que conforme a su Sección 189, *podrán llevarse a cabo a pesar de los derechos reconocidos en este Capítulo* [a los artistas]. Se tratan, obviamente, de límites y excepciones a los derechos del artista y, de entre tales actos, destaca la *recepción y retransmisión por cable de una emisión inalámbrica* (pár. 19 del Anexo 2).

Conforme al pár. 19(2) del Anexo 2, *los derechos sobre la interpretación o fijación incluida en la emisión no son infringidos si la emisión se realiza para su recepción en el área en el que es retransmitida por cable*. En este caso no es necesario contar con autorización o licencia, ni realizar pago alguno. Ahora bien, si el área en el que tiene lugar la retransmisión supera o es ajena al área de destino de la emisión inicial, el operador del cable (el usuario) deberá abonar al titular de los derechos sobre la interpretación audiovisual un *royalty razonable u otro pago con respecto a la retransmisión por cable de la emisión según acuerden las partes o, en ausencia de acuerdo, según determine el Tribunal del Copyright*<sup>1423</sup>.

## 4.- LA PROTECCIÓN DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES EN OTROS PAÍSES DEL *COPYRIGHT*.

### 4.1.- Australia.

La Ley australiana de derecho de autor (Ley núm. 63 de 1968<sup>1424</sup>), en lo sucesivo LDA, es, a nuestro juicio, un claro ejemplo de codificación del *Common Law* en materia de *Copyright*, pues a partir de su detallada redacción inicial en 1968, ha experimentado hasta cuarenta y cinco enmiendas –algunas de ellas con ocasión de la implementación de las obligaciones contenidas en

---

<sup>1423</sup> El Tribunal del Copyright, o *Copyright Tribunal* es un organismo independiente creado al amparo de la LDADP, integrado por un presidente y dos vicepresidentes designados por el Lord Canciller [o Lord Chancellor, miembro del Gobierno británico a cargo del funcionamiento de la Administración de Justicia], así como ocho miembros ordinarios designados por la Secretaría de Estado de Negocios, Innovación y Competencias (anteriormente de Industria y Comercio). Su finalidad principal es resolver controversias que, en materia de licencias comerciales, puedan surgir entre los titulares de derechos o sus entidades de gestión colectiva y los usuarios.

<sup>1424</sup> Actualizada conforme a la última Ley de enmienda del Copyright –Ley núm. 80 de 2015 (*Online Infringement Act*, o *Ley de infracciones en línea*).

los distintos tratados internacionales de los que Australia es parte. El resultado es un texto excesivamente casuístico y detallado que, sin embargo, no dispensa protección alguna a las interpretaciones audiovisuales, pero sí a las sonoras –consecuencia, precisamente, de las obligaciones internacionales asumidas por Australia como Parte contratante de la Convención de Roma<sup>1425</sup> y del WPPT<sup>1426</sup>.

Efectivamente, la Sección 189 LDA acota las interpretaciones protegidas a aquéllas que *consistan en sonidos*<sup>1427</sup>, y define al artista como *cada persona que contribuye a los sonidos de la interpretación*<sup>1428</sup>. Además, conforme a dicha sección, únicamente se protegen las fijaciones sonoras<sup>1429</sup> y cualquier grabación, original o copia, de las mismas<sup>1430</sup>. Es decir, la interpretación audiovisual, ya sea en vivo o fijada, no es objeto de protección por parte de la LDA.

Ello no significa que en Australia las interpretaciones audiovisuales carezcan de protección, o que los artistas carezcan de derechos sobre tales interpretaciones. Sencillamente no se les reconoce *copyright*, ni derechos conexos, sobre las mismas –habida cuenta las precitadas limitaciones.

El *copyright* sobre las obras audiovisuales lo tiene íntegramente reconocido el productor de las mismas, *ex* Sección 98.2 LDA<sup>1431</sup>, y como tal, tiene el derecho exclusivo a explotar la obra [y las interpretaciones que se integran en la misma]. Ahora bien, entre las condiciones contractuales pactadas entre los artistas y el productor de la obra audiovisual, sujetas generalmente a convenio colectivo, se incluyen las relativas a la participación de aquéllos en la explotación de sus interpretaciones, participación que suele articularse a través de un pago a cantidad alzada por la prestación del servicio o trabajo frente a la cámara [no inferior a los mínimos del convenio colectivo], más unas cantidades adicionales [los denominados *residuals*] que se generan con ocasión de determinados actos de explotación. Recuértese a este respecto lo expuesto en relación con los derechos patrimoniales de carácter contractual de los artistas en los EEUU<sup>1432</sup>.

Puede decirse, entonces, que tales convenios colectivos tienen el mismo efecto práctico y económico sobre los artistas que la protección que pudieran tener dispensada sobre la base de un

---

<sup>1425</sup> Instrumento de adhesión de 30 de junio de 1992.

<sup>1426</sup> Instrumento de adhesión de 26 de abril de 2007.

<sup>1427</sup> *Performance means a performance within the meaning of Part XIA, so far as the performance consists of sounds.*

<sup>1428</sup> *Performer in a performance means each person who contributed to the sounds of the performance.*

<sup>1429</sup> *Recorded performance means a performance embodied in a record so as to constitute a sound recording.*

<sup>1430</sup> *Record embodying a performance means: (a) an original record of a performance; or (b) a copy record of a performance.*

<sup>1431</sup> *Subject to the next succeeding subsection, the maker of a cinematograph film is the owner of any copyright subsisting in the film by virtue of this Part.*

<sup>1432</sup> *Vid.* epígrafe 2.6.1.3 del presente Capítulo.

elenco más o menos amplio de derechos exclusivos [generalmente objeto de cesión presuntiva a favor del productor de la obra audiovisual] y, en su caso, los correspondientes derechos de remuneración de base legal.

Ello puede verse en los convenios colectivos negociados y administrados por el sindicato australiano MEAA<sup>1433</sup>, que representa, entre otros, a los actores y demás artistas del sector audiovisual. Efectivamente, en su acuerdo para actores de largometraje (*Actors Feature Film Agreement*) de 2012, además de establecerse unas tarifas mínimas por semana, día u hora de trabajo, así como una serie de derechos adicionales en función de las emisiones del largometraje en la televisión australiana, de su exhibición cinematográfica en el extranjero, etc., se prevé el pago de *residuals* por la explotación del largometraje en determinados mercados, o si se dan ciertas circunstancias –en relación igualmente con la explotación de la obra.

Así, si la obra es explotada por alguna cadena de los EEUU<sup>1434</sup>, el 3.6% del importe bruto de la licencia ha de repartirse entre los artistas. Su explotación en cualquier otro país norteamericano, a partir del cuarto año desde su primera explotación, genera el derecho de los artistas a recibir el 3,6% de los ingresos brutos del distribuidor<sup>1435</sup>.

Además, si una vez expirado el plazo inicialmente pactado para la explotación de la obra, la misma es emitida por televisión abierta en Australia, los artistas tienen derecho a recibir un 15% del importe bruto de la licencia correspondiente<sup>1436</sup>. Y, en todo caso, a partir del momento en que la obra genere beneficios para su productor, éste estará obligado a abonar al sindicato (MEAA) el 10% del beneficio neto, para su distribución entre los artistas que participan en la misma.

Por último, en las producciones con un presupuesto superior a los veintidós millones y medio de dólares australianos, o financiadas por una *Major*<sup>1437</sup> o *Mini Major*<sup>1438</sup> estadounidense, el productor está obligado a mantener una negociación individualizada con el sindicato (MEAA) para incrementar los *residuals* previstos en el convenio colectivo.

---

<sup>1433</sup> Media Entertainment and Arts Alliance - <http://www.alliance.org.au>

<sup>1434</sup> Fox, ABC, CBS o NBC.

<sup>1435</sup> A repartirse entre los artistas que participan en la obra.

<sup>1436</sup> *Id.*

<sup>1437</sup> Warner Bros., Universal/MCA, Sony Pictures, Paramount, 20th Century Fox, Walt Disney.

<sup>1438</sup> Se consideran *Mini Majors* a aquellas productoras estadounidenses distintas de los seis grandes estudios (los *Majors*), que son capaces de distribuir sus obras cinematográficas a nivel mundial en competencia directa con estos últimos. Entre ellas podemos encontrar a Lionsgate, Miramax, Summit Entertainment, The Weinstein Company, Relativity Media, Film District o Marvel Pictures.

Tal y como sucede en los EEUU<sup>1439</sup>, y puesto que la LDA australiana tampoco reconoce derecho moral alguno a los artistas sobre sus interpretaciones audiovisuales<sup>1440</sup>, los intereses personales del artista sobre tales interpretaciones se ven protegidos a través de otras figuras jurídicas que le permiten actuar frente a los usos no autorizados de su imagen, nombre y otros rasgos de su personalidad, vinculados o no a la interpretación.

Efectivamente, y pese a que en Australia no existe un derecho de publicidad similar al estadounidense, ni una norma específicamente destinada a impedir el uso no autorizado de la imagen u otros rasgos de la personalidad del individuo, el artista puede, no obstante, acudir a la Ley australiana del consumidor (en lo sucesivo LAC<sup>1441</sup>), a la figura del *passing off*, e incluso a la de la difamación, para proteger sus intereses personales.

Si acudimos a la LAC encontramos la figura de la *conducta desorientadora y engañosa* (*misleading and deceptive conduct*) como actividad expresamente prohibida en relación con el comercio (Sección 18.1<sup>1442</sup>) o con la identificación de productos o servicios (sección 29.1<sup>1443</sup> - que prohíbe, entre otras conductas, realizar manifestaciones falsas o desorientadoras sobre la calidad de un producto o servicio, o sobre el patrocinio de tal producto o servicio por parte de una tercera persona). En este sentido, el artista podría oponerse, por ejemplo, a la utilización no autorizada de su nombre, imagen e interpretación para publicitar o patrocinar un producto o

---

<sup>1439</sup> Vid. epígrafe 2.6.2 de este Capítulo.

<sup>1440</sup> Pero sí a los artistas sobre sus interpretaciones o ejecuciones sonoras —v.gr. el de paternidad en su sección 195ABA y 195ABB, en relación con las definiciones contenidas en la sección 189.

<sup>1441</sup> Anexo 2 de la Ley de competencia y consumidores de 2010.

<sup>1442</sup> *A person must not, in trade or commerce, engage in conduct that is misleading or deceptive or is likely to mislead or deceive.*

<sup>1443</sup> *A person must not, in trade or commerce, in connection with the supply or possible supply of goods or services or in connection with the promotion by any means of the supply or use of goods or services:*

*(a) make a false or misleading representation that goods are of a particular standard, quality, value, grade, composition, style or model or have had a particular history or particular previous use; or*

*(b) make a false or misleading representation that services are of a particular standard, quality, value or grade; or*

*(c) make a false or misleading representation that goods are new; or*

*(d) make a false or misleading representation that a particular person has agreed to acquire goods or services; or*

*(e) make a false or misleading representation that purports to be a testimonial by any person relating to goods or services; or*

*(f) make a false or misleading representation concerning:*

*(i) a testimonial by any person; or*

*(ii) a representation that purports to be such a testimonial; relating to goods or services; or*

*(g) make a false or misleading representation that goods or services have sponsorship, approval, performance characteristics, accessories, uses or benefits; or*

*(h) make a false or misleading representation that the person making the representation has a sponsorship, approval or affiliation; or*

*(i) make a false or misleading representation with respect to the price of goods or services; or*

*(j) make a false or misleading representation concerning the availability of facilities for the repair of goods or of spare parts for goods; or*

*(k) make a false or misleading representation concerning the place of origin of goods; or*

*(l) make a false or misleading representation concerning the need for any goods or services; or*

*(m) make a false or misleading representation concerning the existence, exclusion or effect of any condition, warranty, guarantee, right or remedy (including a guarantee under Division 1 of Part 3-2); or*

*(n) make a false or misleading representation concerning a requirement to pay for a contractual right that:*

*(i) is wholly or partly equivalent to any condition, warranty, guarantee, right or remedy (including a guarantee under Division 1 of Part 3-2); and*

*(ii) a person has under a law of the Commonwealth, a State or a Territory (other than an unwritten law).*

servicio concreto –y ello porque dicha actividad podría llevar a engaño al consumidor en cuanto a si tal artista en realidad conoce el producto o servicio y lo recomienda a los demás.

De manera similar, el *passing off* se configura como un ilícito consistente en la apropiación indebida de la reputación ajena –ya sea de una marca, de una empresa o de una persona. A este respecto, y a diferencia de la *conducta desorientadora y engañosa* que prohíbe la LAC, el *passing off* exige la existencia previa de una reputación [que será mayor cuanto más conocido sea el artista], de la que se aprovecha en beneficio propio otra persona.

Podemos concluir afirmando que tanto la LAC como el *passing off* ofrecen en Australia un nivel de protección similar al reconocido en los EEUU por la *Lanham Act* y el derecho de publicidad, tal y como se deduce, entre otros, del asunto *Hogan vs. Koala Dundee Pty. Ltd.*<sup>1444</sup>, en el que los demandados operaban dos tiendas rotuladas bajo el nombre *Dundee Country*, y en las que podían hallarse múltiples similitudes, tanto dentro como fuera de los establecimientos, así como en los productos a la venta, con el personaje interpretado por el demandante, Paul Hogan, en Cocodrilo Dundee. La demanda, en la que se argumentaba que tanto los productos como el propio negocio de los demandados podían inducir a confusión al público, haciéndole creer que estaban licenciados por el demandante, fue íntegramente estimada.

## 4.2.- Canadá.

La protección en Canadá de las interpretaciones o ejecuciones artísticas, ya sean éstas audiovisuales o sonoras, se ha construido a golpe de implementación de los distintos tratados internacionales de los que dicho país es Parte Contratante. Así, hasta su reforma de 1997, el *Copyright Act* canadiense, o Ley del derecho de autor, de 1985 (en lo sucesivo, LDA), no reconocía derecho alguno a los artistas sobre sus interpretaciones o ejecuciones – lo cual no es de extrañar, por otra parte, si tenemos en cuenta, no ya el sistema en que dicha ley se inspira (el *Copyright* anglosajón), sino la regulación extranjera que en esta materia mayor influencia ha tenido en Canadá, a saber: la de los EEUU.

Ahora bien, como decíamos, la LDA fue reformada en 1997 con la intención de *alinear* la regulación canadiense con las obligaciones que dicho país asumiría un año más tarde, con ocasión de su adhesión a la Convención de Roma<sup>1445</sup>. Y así, dicha reforma supuso la

---

<sup>1444</sup> *Hogan vs. Koala Dundee Pty. Ltd.* (1988) 20 FCR 314.

<sup>1445</sup> Mediante instrumento de fecha 4 de marzo de 1998.

introducción de una nueva Sección 15 en la LDA, en virtud de cuyo primer apartado<sup>1446</sup>, y siguiendo el dictado del art. 7 de la Convención de Roma [que establece el mínimo de protección dispensado por dicho instrumento a los artistas<sup>1447</sup>], el artista ostenta el *copyright* sobre su interpretación, consistente en el derecho de realizar o autorizar cualquiera de los siguientes actos en relación con su interpretación o una parte sustancial de la misma: (a) si no está fijada, comunicarla al público y fijarla; (b) si está fijada, reproducirla; y, en todo caso, (c) alquilar una grabación sonora de la misma. Protección ésta que, conforme a la subsección 15(2) LDA, se reconoce si se da alguno de los puntos de vinculación previstos en la Convención de Roma –que la interpretación tenga lugar en Canadá o en el territorio de alguna otra Parte Contratante [de Roma], o que el productor de la primera fijación sea nacional de, o residente en, Canadá o alguna otra Parte Contratante.

A este respecto cumple destacar la calificación escogida por el legislador canadiense para este nuevo conjunto de derechos patrimoniales reconocidos al artista, pues lejos de denominarlos conexos, vecinos o afines [a los derechos del autor], la precitada Sección 15.1 LDA los define como el *copyright* que ostenta el artista sobre su interpretación, lo cual supone, de hecho, otorgar a la interpretación artística el mismo estatus que la obra u otra creación intelectual *stricto sensu*.

Si bien ello, en relación con las interpretaciones audiovisuales y en un sistema continental de Derecho Civil o Derecho de Autor, supondría reconocer al artista una posición negociadora frente al productor de la obra audiovisual similar a la del autor de la misma, en un sistema como el canadiense, de *Copyright*, no tiene efecto práctico alguno. Efectivamente, y aún cuando está

---

<sup>1446</sup> Subject to subsection (2), a performer has a copyright in the performer's performance, consisting of the sole right to do the following in relation to the performer's performance or any substantial part thereof:

(a) if it is not fixed,

(i) to communicate it to the public by telecommunication,

(ii) to perform it in public, where it is communicated to the public by telecommunication otherwise than by communication signal, and

(iii) to fix it in any material form,

(b) if it is fixed,

(i) to reproduce any fixation that was made without the performer's authorization,

(ii) where the performer authorized a fixation, to reproduce any reproduction of that fixation, if the reproduction being reproduced was made for a purpose other than that for which the performer's authorization was given, and

(iii) where a fixation was permitted under Part III or VIII, to reproduce any reproduction of that fixation, if the reproduction being reproduced was made for a purpose other than one permitted under Part III or VIII, and

(c) to rent out a sound recording of it, and to authorize any such acts.

<sup>1447</sup> La protección prevista por la presente Convención en favor de los artistas intérpretes o ejecutantes comprenderá la facultad de impedir:

(a) la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubieren dado su consentimiento, excepto cuando la interpretación o ejecución utilizada en la radiodifusión o comunicación al público constituya por sí misma una ejecución radiodifundida o se haga a partir de una fijación;

(b) la fijación sobre una base material, sin su consentimiento, de su ejecución no fijada;

(c) la reproducción, sin su consentimiento, de la fijación de su ejecución:

(i) si la fijación original se hizo sin su consentimiento;

(ii) si se trata de una reproducción para fines distintos de los que habían autorizado;

(iii) si se trata de una fijación original hecha con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 15 que se hubiera reproducido para fines distintos de los previstos en ese artículo.



referido al *copyright* sobre la obra [que no la interpretación], la Sección 13 LDA, tras atribuírselo inicialmente a su autor (apartado 1<sup>1448</sup>), establece que *cuando el autor de una obra estaba empleado por alguna otra persona bajo un contrato de servicios o aprendizaje y la obra fue realizada en el curso de su empleo por esa otra persona, la persona por la que el autor fue contratada será, en ausencia de cualquier pacto en contrario, el primer titular del copyright* (apartado 3<sup>1449</sup>). En definitiva, la LDA acoge la doctrina de las obras por encargo o *works for hire*, ya analizada en relación con el sistema de los EEUU<sup>1450</sup>.

De manera más específica, la subsección 17(1) LDA<sup>1451</sup> dispone que *cuando un artista autoriza la incorporación de su interpretación en una obra cinematográfica, el artista dejará de poder ejercitar, en relación con la interpretación incorporada en esa obra cinematográfica, el copyright a que se refiere la subsección 15(1)*. A este respecto, si bien esta subsección 17(1) está claramente inspirada en el art. 19 de la Convención de Roma, lo cierto es que su formulación se aproxima mucho más a la fórmula pactada en Beijing varias décadas más tarde –no en vano dicha subsección no priva de derechos al artista, sino de la facultad de ejercitarlos en lo sucesivo. Ello presupone, a diferencia de Roma y en primer lugar, que en algún momento el artista ejercitó o pudo ejercitar sus derechos, y, en segundo lugar, que pese a que deje de poder ejercitarlos, continuará siendo el titular de los mismos.

Además, la subsección 17(2) LDA<sup>1452</sup> prevé expresamente la posibilidad de que el artista haya pactado, en el acuerdo que rija la precitada autorización para la incorporación de su interpretación en una obra cinematográfica, *un derecho de remuneración por la reproducción, representación en vivo o comunicación pública de dicha obra* –en cuyo caso, *el artista podrá ejercitar ese derecho frente a la otra parte del acuerdo [el productor] o cualquier otra persona*

---

<sup>1448</sup> *Subject to this Act, the author of a work shall be the first owner of the copyright therein.*

<sup>1449</sup> *Where the author of a work was in the employment of some other person under a contract of service or apprenticeship and the work was made in the course of his employment by that person, the person by whom the author was employed shall, in the absence of any agreement to the contrary, be the first owner of the copyright, but where the work is an article or other contribution to a newspaper, magazine or similar periodical, there shall, in the absence of any agreement to the contrary, be deemed to be reserved to the author a right to restrain the publication of the work, otherwise than as part of a newspaper, magazine or similar periodical.*

<sup>1450</sup> *Vid.* epígrafe 2.5.2 del presente Capítulo.

<sup>1451</sup> *Where the performer authorizes the embodiment of the performer's performance in a cinematographic work, the performer may no longer exercise, in relation to the performance where embodied in that cinematographic work, the copyright referred to in subsection 15(1).*

<sup>1452</sup> *Where there is an agreement governing the embodiment referred to in subsection (1) and that agreement provides for a right to remuneration for the reproduction, performance in public or communication to the public by telecommunication of the cinematographic work, the performer may enforce that right against:*

*(a) the other party to the agreement or, if that party assigns the agreement, the assignee, and*

*(b) any other person who*

*(i) owns the copyright in the cinematographic work governing the reproduction of the cinematographic work, its performance in public or its communication to the public by telecommunication, and*

*(ii) reproduces the cinematographic work, performs it in public or communicates it to the public by telecommunication, and persons referred to in paragraphs (a) and (b) are jointly and severally liable to the performer in respect of the remuneration relating to that copyright.*

que ostente el *copyright* sobre la misma o que la reproduzca, interprete en vivo o comunique al público.

Evidentemente, la precitada subsección 17(2) no establece un derecho de remuneración a favor del artista, sino que prevé la posibilidad de que el artista pacte con el productor el pago de cantidades específicas (*residuals*) por determinados actos de explotación. Ello no hace sino reforzar la posición negociadora, individual o colectiva, del artista frente al productor.

Con respecto al derecho de distribución, nótese que la subsección 15(1).c LDA únicamente lo reconoce, en la modalidad de alquiler y en relación con las grabaciones sonoras o fonogramas. Es decir, el *copyright* sobre las interpretaciones audiovisuales no incluye el derecho de autorizar ni la distribución ni el alquiler de las mismas fijadas en una grabación audiovisual.

Por último, la reforma de 1997 no supuso el reconocimiento de derecho moral alguno a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes. No en vano, la Convención de Roma que entonces se pretendía implementar en la legislación canadiense no reconocía tales derechos.

Sí lo hizo el WPPT, por lo que hubo que esperar a que Canadá decidiera adaptar su legislación a este nuevo instrumento para que los artistas tuvieran reconocidos derechos morales en dicho país. Estos derechos vinieron de la mano de la reforma de 2012, dos años antes de la ratificación del WPPT por parte de Canadá<sup>1453</sup>. Así, con ocasión de dicha reforma se introdujo una nueva Sección 17.1 en la LDA<sup>1454</sup>, que reconoce a los artistas los derechos irrenunciables e inalienables de paternidad e integridad sobre sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en vivo o fijadas en un fonograma -siguiendo así el dictado del art. 5 WPPT, que también limita tales derechos a las interpretaciones o ejecuciones sonoras o fijadas en una grabación sonora. Los artistas, por tanto, no disfrutaban en Canadá de derecho moral alguno sobre sus interpretaciones audiovisuales – aunque observando el historial legislativo canadiense, seguramente sea cuestión de tiempo que decida ratificar el Tratado de Beijing, reformando nuevamente la LDA a tal efecto y ampliando consecuentemente el ámbito de protección de los derechos morales.

---

<sup>1453</sup> Mediante instrumento de fecha 13 de mayo de 2014.

<sup>1454</sup> (1) In the cases referred to in subsections 15(2.1) and (2.2), a performer of a live aural performance or a performance fixed in a sound recording has, subject to subsection 28.2(1), the right to the integrity of the performance, and -in connection with an act mentioned in subsection 15(1.1) or one for which the performer has a right to remuneration under section 19 -the right, if it is reasonable in the circumstances, to be associated with the performance as its performer by name or under a pseudonym and the right to remain anonymous.

La reforma de 2012 significó, además, la introducción de una nueva subsección 15(1.1)<sup>1455</sup> LDA, que establece el contenido del *copyright* del artista sobre su interpretación. Y lo hace dejando intacta la precitada subsección 15(1), de tal suerte que el contenido de dicho *copyright* se deduce de la combinación de ambas disposiciones, distinguiéndose únicamente el ámbito de aplicación [o beneficiarios] de una y otra. Mientras los puntos de vinculación referidos a la subsección 15(1) eran los previstos en la Convención de Roma, los referidos en la subsección 15(1.1) son los previstos en el WPPT. Así, y puesto que esta nueva subsección amplía dicho *copyright* a la distribución y puesta a disposición interactiva de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en una grabación sonora [fonograma], únicamente se beneficiarán de ella los artistas extranjeros que cumplan con algún criterio de vinculación previstos en el WPPT –no en vano éste es el instrumento, y no Roma, que reconoce tales derechos.

En todo caso, y al estar referidos a grabaciones sonoras, tales derechos de distribución y puesta a disposición no son aplicables a las interpretaciones audiovisuales, no forman parte del *copyright* del artista sobre tales interpretaciones. A este respecto, de nuevo, habrá que esperar a que Canadá ratifique el Tratado de Beijing.

#### 4.3.- Filipinas.

Hasta su reforma de 2012 (Ley núm. 10372, de 23 de julio de 2012), el Código de propiedad intelectual de Filipinas (Ley núm. 8293, en lo sucesivo CPI) limitaba los derechos morales del artista, en su Sección 204.1<sup>1456</sup>, a los de paternidad e integridad sobre las interpretaciones o ejecuciones sonoras en vivo o fijadas en un fonograma, en idéntico sentido que el art. 5 WPPT<sup>1457</sup>. Ahora bien, tras la reforma de 2012, la precitada Sección 204.1 CPI amplía la protección de los derechos morales a las interpretaciones *fijadas en una obra o fijación*

---

<sup>1455</sup> *Subject to subsections (2.1) and (2.2), a performer's copyright in the performer's performance consists of the sole right to do the following acts in relation to the performer's performance or any substantial part of it and to authorize any of those acts:*

*(a) if it is not fixed,*

*(i) to communicate it to the public by telecommunication,*

*(ii) to perform it in public, if it is communicated to the public by telecommunication otherwise than by communication signal, and*  
*(iii) to fix it in any material form;*

*(b) If it is fixed in a sound recording, to reproduce that fixation;*

*(c) to rent out a sound recording of it;*

*(d) to make a sound recording of it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to the sound recording from a place and at a time individually chosen by that member of the public and to communicate the sound recording to the public by telecommunication in that way; and*

*(e) if it is fixed in a sound recording that is in the form of a tangible object, to sell or otherwise transfer ownership of the tangible object, as long as that ownership has never previously been transferred in or outside Canada with the authorization of the owner of the copyright in the performer's performance.*

<sup>1456</sup> *Independently of a performer's economic rights, the performer, shall, as regards his live aural performances or performances fixed in sound recordings, have the right to claim to be identified as the performer of his performances, except where the omission is dictated by the manner of the use of the performance, and to object to any distortion, mutilation or other modification of his performances that would be prejudicial to his reputation.*

<sup>1457</sup> Al que se adhirió Filipinas mediante instrumento de fecha 4 de julio de 2002.

*audiovisual*<sup>1458</sup> y, sin embargo, no modifica la expresión *interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo*<sup>1459</sup>, quedando entonces desprotegidas, en lo que a tales derechos se refiere, las interpretaciones audiovisuales en directo o no fijadas. Entendemos que ello se trata de un mero error de redacción, y que seguramente en una próxima reforma desaparecerá el término *aural* (audible o sonoro) en esta sección –no en vano el legislador filipino, según veremos seguidamente en relación con los derechos exclusivos, no se distingue por establecer diferencias entre unas y otras interpretaciones (audiovisuales y sonoras). De hecho la única diferencia sustancial, al menos hasta 2012, era la relativa a los derechos morales, diferencia que se vio superada [siquiera parcialmente] tras la citada reforma.

Efectivamente, conforme a la Sección 203 CPI<sup>1460</sup>, el artista tiene el derecho exclusivo de autorizar la radiodifusión y cualquier otra forma de comunicación al público de sus interpretaciones<sup>1461</sup>, así como su fijación. Además, y en relación con sus *interpretaciones fijadas en una grabación sonora o audiovisual*; esta sección reconoce al artista el derecho exclusivo de autorizar: (a) su reproducción directa o indirecta; (b) su primera distribución; (c) su alquiler; (d) su puesta a disposición interactiva alámbrica o inalámbrica; y, (e) su radiodifusión y comunicación pública.

---

<sup>1458</sup> *Independently of a performer's economic rights, the performer shall, as regards his live aural performance or performances fixed in sound recordings or audiovisual works or fixations, have the rights to claim to be identified as the performer of his performances, except where the omission is dictated by the manner of the use of performance, and to object to any distortion, mutilation or other modification of his performances that would be prejudicial to his reputation.*

<sup>1459</sup> *Live aural performances.*

<sup>1460</sup> *Subject to the provisions of Section 212 [referida a los límites y excepciones a los derechos exclusivos], performers shall enjoy the following exclusive rights:*

*1. As regards their performances, the right of authorizing:*

*(a) The broadcasting and other communication to the public of their performance; and*

*(b) The fixation of their unfixed performance.*

*2. The right of authorizing the direct or indirect reproduction of their performances fixed in sound recording or audiovisual works or fixations in any manner of form;*

*3 Subject to the provisions of Section 206. The right of authorizing the first public distribution of the original and copies of their performance fixed in sound recording or audiovisual works or fixations through sale or rental of other forms of transfer of ownership;*

*4. The right of authorizing the commercial rental to the public of the original and copies of their performances fixed in sound recordings or audiovisual works or fixations, even after distribution of them by or pursuant to the authorization by the performer and;*

*5. The right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in sound recordings or audiovisual works or fixations by wire or wireless means, in such a way that member of the public access them from a place and time individually chosen by them.*

<sup>1461</sup> Si bien es cierto que no se dice de manera expresa, entendemos que este derecho exclusivo abarca tanto las actuaciones en vivo como las fijadas, toda vez que con respecto al derecho exclusivo de fijación sí se especifica que está referido a las interpretaciones no fijadas –de tal modo que si el legislador filipino hubiera querido limitar el derecho exclusivo de radiodifusión y comunicación pública a las interpretaciones en vivo, así lo habría establecido, como hizo con el de fijación. Además, conforme a la Sección 207 CPI, *nada en este Capítulo será interpretado de manera tal que los artistas se vean privados del derecho de acordar los términos y condiciones contractuales que les sean más favorables con respecto a cualquier uso de su interpretación (nothing in this Chapter shall be construed to deprive performers of the right to agree by contracts on terms and conditions more favorable for them in respect of any use of their performance).*

Ahora bien, conforme a la Sección 205.1 CPI<sup>1462</sup>, *una vez el artista haya autorizado la radiodifusión o fijación de su interpretación, las disposiciones de la Sección 203 [derechos exclusivos] no serán de aplicación.* Esta sección hay que ponerla en conexión con las secciones 206 y 207 del mismo CPI. Así, conforme a esta última, *nada en este Capítulo será interpretado de manera tal que los artistas se vean privados del derecho de acordar los términos y condiciones contractuales que les sean más favorables con respecto a cualquier uso de su interpretación*<sup>1463</sup>, de tal suerte que en el momento de negociar, individual o colectivamente, con el productor de la grabación audiovisual [o del espectáculo en vivo], la precitada Sección 205.1 CPI no impedirá al artista exigir las condiciones que estime más adecuadas o equitativas por la cesión [o autorización para la explotación] de los derechos exclusivos que le reconoce la Sección 203.

Además, conforme a la Sección 206 CPI<sup>1464</sup>, *salvo que se haya acordado lo contrario en el contrato, por cada acto de comunicación al público o radiodifusión de la interpretación posterior a su primera comunicación o radiodifusión por parte del organismo de radiodifusión, el artista tendrá derecho a una remuneración adicional equivalente como mínimo al cinco por cien (5%) de la compensación original que él o ella haya recibido por la primera comunicación o radiodifusión.* Con esta sección, que no establece un derecho de remuneración *stricto sensu*, se garantiza al artista el cobro de los *residuals* que en otros países del *Copyright* (v.gr., EEUU, Australia, etc.) negocia y administra el correspondiente sindicato<sup>1465</sup>.

Además, al hacer referencia al *contrato*, o a la *compensación original* [por la primera comunicación al público o radiodifusión], esta sección no hace sino abundar en el sentido que hemos dado a las precitadas Secciones 205.1 y 207 CPI.

#### **4.4.- India.**

La Ley india de Derecho de autor (*Copyright Act*) de 1957, en lo sucesivo LDA, hunde sus raíces en la británica, de la que, sin embargo, ha ido distanciándose, especialmente en materia de protección de las interpretaciones audiovisuales. A este respecto cumple advertir que la acuciante

---

<sup>1462</sup> *Subject to the provisions of Section 206, once the performer has authorized the broadcasting or fixation of his performance, the provisions of Sections 203 shall have no further application.*

<sup>1463</sup> *Nothing in this Chapter shall be construed to deprive performers of the right to agree by contracts on terms and conditions more favorable for them in respect of any use of their performance.*

<sup>1464</sup> *Unless otherwise provided in the contract, in every communication to the public or broadcast of a performance subsequent to the first communication or broadcast thereof by the broadcasting organization, the performer shall be entitled to an additional remuneration equivalent to at least five percent (5%) of the original compensation he or she received for the first communication or broadcast.*

<sup>1465</sup> *Vid. epígrafes 2.6.1.3 y 4.1 del presente Capítulo.*

necesidad de proteger adecuadamente su sector audiovisual -no en vano India ocupa la primera posición en el ranking mundial de producciones cinematográficas<sup>1466</sup>—, unida a la libertad legislativa que le ha brindado a dicho país el hecho de no haber ratificado ningún tratado multilateral sobre la protección de los artistas, ha propiciado una serie de reformas legislativas que culminaron en 2012 con el vigente régimen de protección de las interpretaciones audiovisuales, uno de los más avanzados de toda la región.

Efectivamente, tras su reforma de 1994, la LDA, en su Sección 38.3<sup>1467</sup>, cataloga de *infracción de los derechos del artista* [empleando una fórmula similar a la que ya hemos visto en relación con la ley británica de derecho de autor<sup>1468</sup> y su Sección 182] la realización de toda una serie de actos de explotación sin el consentimiento de aquél: (a) la *grabación* [fijación] *sonora o audiovisual* de su interpretación o ejecución; (b) la *reproducción* de la fijación realizada sin el consentimiento del artista o con una finalidad distinta de la prevista cuando el artista prestó su consentimiento; (c) la radiodifusión de la interpretación, salvo que la emisión se realice a partir de una fijación; y (d) cualquier otra forma de comunicación al público, salvo cuando la misma se realice a partir de una fijación o de una emisión.

Sin embargo, disponía la Sección 38.4<sup>1469</sup> que tales actos realizados sin el consentimiento del artista no constituirían una infracción si aquél hubiera *consentido la incorporación de su interpretación en una película cinematográfica* —más concretamente, y siguiendo el dictado del

---

<sup>1466</sup> Conforme a los datos de la Encuesta internacional sobre las estadísticas de largometrajes, llevada a cabo en 2012 por el Instituto de Estadística de la Unesco (UIS, siglas inglesas), la India es el principal productor mundial de obras cinematográficas, con un promedio anual que supera ampliamente el millar de títulos. Así, en 2011 India produjo 1.255 obras cinematográficas, situándose muy por encima del segundo productor cinematográfico a nivel mundial, los EEUU, donde en ese mismo año se produjeron 819 títulos. A este respecto nótese que Nigeria habría superado a los EEUU al menos desde 2010, año en que produjo 1.074 títulos. Ahora bien, al tratarse, según la citada encuesta el UIS, de “producciones informales o semiprofesionales, la mayoría de ellas casi artesanales, con exhibición en cine limitada o sin ella”, no son tenidas en cuenta en su encuesta. Encuesta disponible en el sitio Web de la UNESCO - <http://www.uis.unesco.org/culture/Documents/IP14-2013-cinema-survey-analysis-es.pdf>

<sup>1467</sup> *During the continuance of a performer's right in relation to any performance, any person who, without the consent of the performer, does any of the following acts in respect of the performance or any substantial part thereof, namely :-*

*(a) makes a sound recording or visual recording of the performance; or*

*(b) reproduces a sound recording or visual recording of the performance, which sound recording or visual recording was-*

*(i) made without the performer's consent; or (ii) made for purposes different from those for which the performer gave his consent; or*

*(iii) made for purposes different from those referred to in section 39 [referida a los límites y excepciones] from a sound recording or visual recording which was made in accordance with section 39; or*

*(c) broadcasts the performance except where the broadcast is made from a sound recording or visual recording other than one made in accordance with section 39, or is a re-broadcast by the same broadcasting organisation of an earlier broadcast which did not infringe the performer's right; or*

*(d) communicates the performance to the public otherwise than by broadcast, except where such communication to the public is made from a sound recording or a visual recording or a broadcast, shall, subject to the provision of section 39, be deemed to have infringed the performer's right.*

<sup>1468</sup> Vid. epígrafe 3 de este Capítulo.

<sup>1469</sup> *Once a performer has consented to the incorporation of his performance in a cinematograph film, the provisions of sub-sections (1), (2) and (3) shall have no further application to such performance.*

art. 19 de la Convención de Roma (pese a que India, como hemos dicho, aún no ha ratificado este instrumento), este precepto establecía la no aplicación de la precitada sección 38.3.

Así, y dejando a salvo las concretas condiciones que individual o colectivamente (a través del correspondiente sindicato), pudieran negociar los artistas con los productores de las obras audiovisuales, la LDA privaba de protección real a las interpretaciones audiovisuales –sobre las que, además, no se reconocía al artista derecho moral alguno.

Ahora bien, el desarrollo de la industria cinematográfica en la India, y la necesidad de proteger adecuadamente dicho sector, se vio perfectamente reflejado tanto en los trabajos previos que llevaron a la Conferencia Diplomática de 2012<sup>1470</sup> como en la aprobación, ese mismo año, de una nueva reforma de la LDA, incrementando sustancialmente el nivel de protección de las interpretaciones audiovisuales.

La reforma de 2012 significó la supresión de los precitados apartados 3 y 4 de la Sección 38, y la introducción de una nueva Sección 38A, cuyo primer apartado reconoce a los artistas el derecho exclusivo de realizar o autorizar la radiodifusión y comunicación pública de sus interpretaciones en vivo, así como la fijación de tales interpretaciones y, a partir de dicha fijación, su reproducción, distribución (incluido el alquiler) y comunicación pública<sup>1471</sup>.

Por su parte, el segundo apartado de esta nueva Sección 38A, y siguiendo casi literalmente el dictado del art. 12 del Tratado de Beijing<sup>1472</sup>, dispone que *una vez el artista haya dado su consentimiento, mediante acuerdo escrito, para la incorporación de su interpretación en una película cinematográfica no podrá, en ausencia de disposición contractual en contra, oponerse al ejercicio de los derechos del artista en dicha película por parte del productor de la misma*<sup>1473</sup>.

---

<sup>1470</sup> Vid. Capítulo XI, sobre el Tratado de Beijing.

<sup>1471</sup> *Without prejudice to the rights conferred on authors, the performer's right which is an exclusive right subject to the provisions of this Act to do or authorise for doing any of the following acts in respect of the performance or any substantial part thereof, namely:-*

(a) *to make a sound recording or a visual recording of the performance, including-*  
(i) *reproduction of it in any material form including the storing of it in any medium by electronic or any other means;*  
(ii) *issuance of copies of it to the public not being copies already in circulation;*  
(iii) *communication of it to the public;*  
(iv) *selling or giving it on commercial rental or offer for sale or for commercial rental any copy of the recording;*  
(b) *to broadcast or communicate the performance to the public except where the performance is already broadcast.*

<sup>1472</sup> Si bien la nueva Sección 38A fue adoptada por el legislador indio pocas semanas antes de la celebración de la Conferencia Diplomática de 2012, lo cierto es que la redacción del art. 12 del Tratado de Beijing, y en cuya formulación la India tuvo una participación destacada, ya había sido pactada un año antes.

<sup>1473</sup> *Once a performer has, by written agreement, consented to the incorporation of his performance in a cinematograph film he shall not, in the absence of any contract to the contrary, object to the enjoyment by the producer of the film of the performer's right in the same film.*

Y añade que, sin perjuicio de dicha presunción, y en todo caso, el artista tiene derecho a percibir regalías por el uso comercial de sus interpretaciones<sup>1474</sup>.

Además, la reforma de 2012 significó la introducción de una nueva Sección 38B, reconociendo al artista los derechos morales de paternidad e integridad sobre sus interpretaciones<sup>1475</sup>, añadiendo una *explicación*<sup>1476</sup> aclarando que cualquier modificación de la interpretación realizada por motivos estrictamente técnicos (v.gr., edición, compresión, etc.) no se considerará, a los efectos del derecho de integridad, prejudicial para la reputación del artista. A este respecto observamos, de nuevo, un claro paralelismo entre esta disposición y su *explicación*, y el art. 5 del Tratado de Beijing y la declaración concertada que lo acompaña.

Por último, cumple advertir que, siguiendo la tradición de los sistemas bajo la influencia del *Copyright*, la LDA considera *autor* de la obra audiovisual a su productor, quien consecuentemente tiene atribuido todo el *copyright* sobre la misma (sección 2.d<sup>1477</sup>). De ahí que la Sección 38(1)<sup>1478</sup>, aún vigente tras la reforma de 2012, califique de *especial* el derecho del artista, que le es reconocido al margen y con independencia del *copyright* sobre la obra interpretada –*sin perjuicio de los derechos reconocidos a los autores*, dispone la Sección 38A(1).

#### 4.5.- Sudáfrica.

La legislación sudafricana, como heredera del *Copyright* británico, se caracteriza, en lo que concierne al presente estudio, por reconocer al productor de la obra audiovisual la condición de autor y titular exclusivo de todos los derechos exclusivos de autor [o *copyright*] sobre la misma, y por obviar todo posible derecho moral del artista sobre sus interpretaciones o ejecuciones.

---

<sup>1474</sup> *Provided that, notwithstanding anything contained in this sub-section, the performer shall be entitled for royalties in case of making of the performances for commercial use.*

<sup>1475</sup> *The performer of a performance shall, independently of his right after assignment, either wholly or partially of his right, have the right,-*

*(a) to claim to be identified as the performer of his performance except where omission is dictated by the manner of the use of the performance; and*

*(b) to restrain or claim damages in respect of any distortion, mutilation or other modification of his performance that would be prejudicial to his reputation.*

<sup>1476</sup> *Explanation.- For the purposes of this clause, it is hereby clarified that mere removal of any portion of a performance for the purpose of editing, or to fit the recording within a limited duration, or any other modification required for purely technical reasons shall not be deemed to be prejudicial to the performer's reputation.*

<sup>1477</sup> *"Author" means (...) in relation to a cinematograph or sound recording the producer.*

<sup>1478</sup> *Where any performer appears or engages in any performance, he shall have a special right to be known as the "performer's right" in relation to such performance.*



Ello no significa, no obstante, que las interpretaciones audiovisuales no estén adecuadamente protegidas en Sudáfrica –al menos desde una perspectiva económica o mercantilista, típica del *Copyright* anglosajón.

Así, conforme a la Sección 1.1 de la Ley 98 de 1978, de derecho de autor (en lo sucesivo LDA), el autor de la obra audiovisual es *la persona por cuya cuenta se realizó la producción de la obra*<sup>1479</sup>, esto es, el productor de la misma.

Sin embargo, la atribución inicial del *copyright* sobre la obra audiovisual a su productor, en cuanto que autor de la misma, es independiente de los derechos patrimoniales que otra norma, la Ley núm. 11 de 1967, de protección del artista (en lo sucesivo LPA), reconoce a los intérpretes de aquélla.

Efectivamente, y sin perjuicio del *copyright* (o de los derechos de autor) sobre la obra audiovisual, la Sección 5.1(a) LPA<sup>1480</sup> reconoce al artista el derecho exclusivo de autorizar: (i) la radiodifusión o comunicación al público de sus interpretaciones no fijadas, salvo que las mismas constituyan por sí mismas unas interpretaciones radiodifundidas; (ii) la fijación de sus interpretaciones no fijadas; y (iii) la reproducción de sus interpretaciones fijadas.

Vistos los actos de explotación que alcanza el derecho exclusivo del artista, comprendemos que la LPA de 1967 fue concebida para proteger a las interpretaciones sonoras o musicales. A idéntica conclusión arribamos si observamos el antiguo párrafo primero de la Sección 8 LPA, en cuya virtud, y siguiendo el dictado de la Convención de Roma<sup>1481</sup> (art. 19), *una vez el artista ha consentido la incorporación de su interpretación en una fijación visual o audiovisual, la sección 5(1) dejará de ser aplicable con respecto a tal fijación.*

---

<sup>1479</sup> "Author", in relation to a cinematograph film, means the person by whom the arrangements for the making of the film were made;

<sup>1480</sup> Subject to the provisions of this Act, no person shall-

(a) without the consent of the performer-

(i) broadcast or communicate to the public an unfixed performance of such performer, unless the performance used in the broadcast or the public communication is itself already a broadcast performance; or

(ii) make a fixation of the unfixed performance of such performer; or

(iii) make a reproduction of a fixation of a performance of such performer-

(aa) if the original fixation, other than a fixation excluded by section 8 from the necessity for obtaining the consent of the performer, was itself made without his or her consent; or

(bb) if the reproduction is made for purposes other than those in respect of which such performer gave his or her consent to the making of the original fixation or of a reproduction thereof; or

(cc) if the original fixation was made in accordance with the provisions of section 8, and the reproduction is made for purposes not covered by those provisions.

<sup>1481</sup> Pese a no ser Parte Contratante de dicha Convención.

Ahora bien, dicho párrafo fue suprimido por la Ley núm. 38 de 1997, indicando que la voluntad del legislador sudafricano entonces fue la de ampliar a las interpretaciones la protección tradicionalmente reservada a las sonoras o musicales por la LPA. Y es que una cosa es que deduzcamos la protección de las interpretaciones audiovisuales a partir de la ausencia de distinción, en la ley, en función de la naturaleza [audiovisual o sonora] de la interpretación o del soporte o medio al que la misma se incorpore, y otra muy distinta es que, existiendo previamente tal distinción [en nuestro caso la anterior Sección 8.1 LPA], el legislador decida poner fin a la misma, pues ello es muestra inequívoca de su voluntad.

Por tanto, y en definitiva, los derechos exclusivos reconocidos al artista en la Sección 5.1(a) LPA, pese a ser insuficientes<sup>1482</sup>, protegen igualmente sus interpretaciones audiovisuales y, por tanto, el productor de la obra audiovisual se verá en la necesidad de incluir en el acuerdo con el artista alguna suerte de cesión o autorización para la explotación de tales derechos –pues, como hemos dicho, el mero consentimiento para la fijación de la interpretación dejó de suponer la inaplicación automática de la precitada sección 5.1 LPA y, en ausencia de presunción legal de cesión, el artista conserva los derechos exclusivos previstos en la misma.

Ahora bien, la reforma de 1997 tuvo otro efecto que sirve para suplir las posibles carencias del artista a la hora de negociar, individual o colectivamente, las condiciones para la cesión autorización para explotación de sus derechos exclusivos sobre sus interpretaciones audiovisuales fijadas, a saber: la aplicación de la Sección 5.1(b) LPA<sup>1483</sup> a las mismas. Este precepto dispone que nadie podrá radiodifundir o comunicar al público una interpretación fijada, *sin pagar una remuneración al artista correspondiente*. Se trata del denominado *needle-time right* [o derecho de tiempo de aguja, en referencia a la explotación de los antiguos vinilos], inicialmente previsto para remunerar a los artistas por la explotación de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma, pero que a partir de la reforma de 1997, como hemos dicho, es igualmente aplicable a las interpretaciones audiovisuales.

---

<sup>1482</sup>No incluye el derecho exclusivo del artista de autorizar la radiodifusión y comunicación pública de sus interpretaciones fijadas, ni su alquiler, actos esenciales de explotación en el sector audiovisual, especialmente durante las últimas décadas del pasado siglo.

<sup>1483</sup> *No person shall – by means of a fixation of a performance published for commercial purposes, without payment of a royalty to the performer concerned:*

*(i) broadcast the performance;*

*(ii) cause the performance to be transmitted in a diffusion service defined in section 1 of the Copyright Act, 1978 (Act no. 98 of 1978), unless such service transmits a lawful broadcast, including the performance, and is operated by the original broadcaster;*

*or*

*(iii) cause any communication of the performance to the public.*

Conforme a la Sección 5.3 LPA<sup>1484</sup>, la cuantía de dicha remuneración será determinada por acuerdo entre el artista y la persona que lleva a cabo la comunicación pública (el usuario), o entre las entidades de gestión colectivas correspondientes.

Dicho cuanto antecede, sin embargo, la Sección 5.4(a) LPA<sup>1485</sup> establece una presunción *iuris tantum* especialmente perniciosa para el artista. Así, conforme a dicho apartado, se presume, salvo acuerdo en contrario, que cuando el artista autoriza la fijación de su interpretación, está cediendo asimismo al productor de dicha fijación el derecho exclusivo a recibir la remuneración prevista en la Sección 5.1(b) LPA, conservando el artista únicamente el *derecho a participar en cualquier pago* que reciba el productor por este concepto, en la manera que pacten artista y productor o sus entidades de gestión colectiva.

Nótese que esta disposición no sólo convierte el derecho sustantivo del artista en derecho del productor, reservando a aquél una suerte de crédito frente a este último, sino que ni tan siquiera contempla un reparto aplicable en ausencia de acuerdo entre uno y otro, dejando la determinación de dicho crédito a lo que pacten las partes –con la consabida posición de fuerza del productor frente al artista.

## **5.- CONCLUSIONES FUNDAMENTALES EN TORNO A LA PROTECCIÓN DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES EN EL SISTEMA DE *COPYRIGHT*.**

- 1ª.- La primera conclusión que extraemos de todo lo anterior es que los sistemas de Derecho de Autor y de *Copyright* no son, ni mucho menos, diametralmente opuestos o enfrentados. Cuentan con numerosos puntos de conexión, como hemos visto, dando lugar a resultados y niveles de protección realmente similares.

---

<sup>1484</sup> *The amount of any royalty contemplated in subsection 1(b) shall be determined by an agreement between the performer and the person who broadcasts or transmits, or causes communication of, the performance, as the case may be, or between their representative collecting societies.*

<sup>1485</sup> *A performer who has authorised the fixation of his or her performance shall, in the absence of any agreement to the contrary, be deemed to have granted to the person who arranges for such fixation to be made the exclusive right to receive the royalties contemplated in subsection (1)(b) in respect of any broadcast, transmission or communication of such fixed performance: Provided that the performer is entitled to share in any payment received by the person who arranges for the fixation, in the manner agreed upon between the performer and the person who arranges for such fixation, or between their representative collecting societies.*

- 2ª.- Si bien ambos sistemas tienen aún matices diferenciadores claros, las diferencias son más formales que materiales, más de la estructura del sistema jurídico que los ampara, que de la protección real que se irroga de ellos.
- 3ª.- La principal diferencia entre uno y otro sistema, de la que, a su vez, se derivan el resto de rasgos propios de cada uno de ellos, viene dada por su distinta concepción de la propiedad intelectual –aunque al servicio de un mismo fin: incentivar la actividad creativa mediante su protección. Así, mientras el sistema de Derecho de Autor parte de una concepción espiritualista, en la que prima el interés del creador, en el sistema del *Copyright*, sin embargo, y a partir de una concepción meramente mercantilista, se protege la comercialización de las obras.
- 4ª.- Ello explica, en primer lugar, que los sistemas del *Copyright* no se han caracterizado tradicionalmente por el reconocimiento expreso de derechos morales a favor de los creadores. Ahora bien, pese a ello, no deja de ser cierto que, con la excepción destacada de los EEUU, el resto de países del *Common Law* han ido implementando en sus legislaciones, en mayor o menor medida, tales derechos, siquiera a partir de las obligaciones adquiridas en virtud de los correspondientes tratados internacionales.
- 5ª.- En cualquier caso, en los sistemas del *Copyright*, y muy destacadamente en el de los EEUU, existen figuras o instituciones jurídicas, ajenas al ámbito de la propiedad intelectual, que garantizan al actor la protección de sus intereses personales sobre sus interpretaciones, reconociéndoles facultades similares a las que integran los derechos morales: los derechos de privacidad, publicidad, atribución, integridad, etc.
- 6ª.- En el ámbito estrictamente económico, la atribución inicial del *copyright* sobre la obra audiovisual [configurado como el conjunto de facultades que confieren a su titular la plena disposición de la misma y el derecho exclusivo a explotarla] a su productor en los sistemas de corte anglosajón, no difiere sustancialmente de aquellos otros sistemas de inspiración continental, como el nuestro, en el que los derechos exclusivos inicialmente reconocidos al actor son, sin embargo, objeto de una presunción legal de cesión a favor del productor audiovisual, conservando el artista, no obstante, un derecho de remuneración.
- 7ª.- En los sistemas del *Copyright*, la protección de los intereses económicos del actor sobre su interpretación viene dada por el mercado y por la capacidad negociadora de aquéllos con el

productor de la obra audiovisual. Dicho poder de negociación suele tener carácter colectivo, y se manifiesta a través de los correspondientes convenios colectivos que, entre las distintas condiciones llamadas a regir la relación de empleo entre el actor y el productor (salario mínimo, horario, seguridad, higiene, desplazamientos, etc.), tales convenios prevén el derecho de los actores a recibir pagos adicionales a su salario (*pagos residuales* o *residuals*) con ocasión de ciertos usos o actos de explotación de la obra. Tales *residuals* operan, de facto, de manera similar a los derechos de remuneración en los países bajo un sistema de Derecho de Autor.

- 8ª.- Los convenios colectivos de los que emanan los *residuals* cobran fuerza de ley entre las partes, hasta tal punto que en las producciones audiovisuales sujetas a los mismos, y a los efectos de poder determinar el nivel de protección dispensado a los actores, lo verdaderamente determinante no es conocer la ley aplicable, sino el convenio colectivo bajo el que se llevó a cabo la producción.
- 9ª.- De esta forma, tales convenios colectivos otorgan a los actores, siquiera contractualmente, una protección jurídica (referida a sus intereses económicos) esencialmente idéntica a la que tienen reconocidos los actores en otros países en los que, como en España, rige un sistema de Derecho de Autor. La principal diferencia entre ambos viene dada por la fuente de tales derechos: legal en los países bajo un sistema de Derecho de autor, o contractual en los países en los que rige el *Copyright*.
- 10ª.- Esta diferencia determina, por su parte, que los derechos económicos del actor en uno y otro sistema no revistan la misma naturaleza, ni gocen del mismo ámbito de aplicación. Así, los derechos reconocidos a los actores en los convenios colectivos no son, *stricto sensu*, de propiedad intelectual (no son derechos del autor, ni conexos, afines o vecinos a los derechos del autor), sino laborales o contractuales, y su ámbito está limitado a los actores específicamente cubiertos por tales convenios.

## ***CAPÍTULO X***

### **LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES EN EL DERECHO COMPARADO, COMUNITARIO E INTERNACIONAL.**

#### **1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.**

La protección del artista intérprete o ejecutante en general, y de las interpretaciones audiovisuales en particular, es un fenómeno relativamente reciente, tanto en el Derecho comparado como en el internacional. Así, y con alguna excepción, no es sino a partir de la Convención de Roma de 1961 que las distintas legislaciones nacionales, con mayor o menor acierto, comenzaron a reconocer al artista la condición de creador de sus interpretaciones, otorgándole toda una serie de derechos sobre las mismas.

Ahora bien, como tendremos ocasión de ver<sup>1486</sup>, y habida cuenta que el nivel mínimo de protección dispensado por la precitada Convención de Roma no resulta exigible, *ex. art. 19*, con respecto a aquellas interpretaciones fijadas [con el consentimiento del artista] en un soporte o medio audiovisual, la protección de las mismas en el plano nacional y regional quedó al albur de cada legislador. Ello explica que la protección de las interpretaciones audiovisuales en el Derecho comparado carezca de un especial grado de homogeneidad, encontrándonos así con legislaciones que, si bien reconocen a los artistas determinados derechos exclusivos sobre sus interpretaciones audiovisuales, establecen al mismo tiempo una suerte de presunción de cesión de los mismos al productor; otras que sencillamente no contemplan nivel de protección alguno sobre las interpretaciones audiovisuales (limitando la protección a las interpretaciones fijadas en fonogramas); otras que, con independencia de la consideración o derechos que pudieran tener reconocidos los artistas sobre sus interpretaciones audiovisuales, otorgan la condición de titular originario de tales derechos al productor de la fijación audiovisual; y, finalmente, podemos encontrar otros modelos normativos, como el español, que atribuyen un nivel amplio de protección al artista sobre sus interpretaciones audiovisuales, incluso con un elenco completo de derechos patrimoniales y morales, mas siempre relativamente inferior al que atribuyen al autor.

---

<sup>1486</sup> *Vid.* epígrafe 4.2 de este Capítulo.

Situación ésta que en Europa se ha visto relativamente superada a través de la actividad legislativa de las instituciones comunitarias. Así, a partir de la Directiva 92/100/CEE<sup>1487</sup>, en la UE se ha ido consolidando un marco normativo, más o menos armonizado, sobre la protección de las interpretaciones audiovisuales. Sin perjuicio del mayor análisis que realizaremos más adelante a este respecto<sup>1488</sup>, cumple dejar advertido ahora que el nivel de protección que para dichas interpretaciones se deriva de las disposiciones sustantivas de las distintas Directivas europeas es ciertamente insuficiente, si bien es cierto que al menos proporcionan un mínimo sobre el que las legislaciones nacionales pueden continuar edificando.

En cualquier caso, y a nivel internacional, el hecho más relevante a este respecto viene dado por la adopción en 2012 del Tratado de Beijing, única convención internacional de carácter multilateral sobre interpretaciones audiovisuales. Si bien aún no ha entrado en vigor<sup>1489</sup>, dicho instrumento viene a reconocer al artista un amplio elenco de derechos, tanto morales como patrimoniales, sobre sus interpretaciones audiovisuales, estableciendo así una base armonizada de carácter internacional, tanto en lo que respecta a los actos de explotación que conocemos desde hace décadas, como en relación con todas los nuevos usos y formas de explotación.

## **2.- LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES EN EL DERECHO COMPARADO.**

### **2.1.- La protección de las interpretaciones audiovisuales en los países de la UE.**

El presente epígrafe no tiene intención de agotar ni analizar con carácter exhaustivo los distintos sistemas de protección de las interpretaciones audiovisuales en los Estados miembros de la UE, sino enumerar los principales derechos sustantivos, tanto morales como patrimoniales, reconocidos en cada uno de tales países a los artistas sobre sus interpretaciones audiovisuales, así como su forma de ejercicio.

---

<sup>1487</sup> Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, incorporada al ordenamiento jurídico español a través de la derogada Ley 43/1994, de 30 de diciembre.

<sup>1488</sup> *Vid.* epígrafe 3 de este Capítulo.

<sup>1489</sup> Dispone el art. 26 del Tratado de Beijing que dicho instrumentó entrará en vigor tres meses después de su ratificación o adhesión por parte de 30 Partes Contratantes – *vid.* epígrafe 8 del Capítulo XI.

Como podrá observarse, y por lo que a los derechos patrimoniales del artista se refiere, si bien existe una destacada uniformidad en cuanto a los derechos exclusivos reconocidos –fruto, esencialmente, de la labor armonizadora del Derecho comunitario–, no puede afirmarse lo mismo en relación con su ejercicio ni con la forma de participación reconocida al artista en la explotación de sus interpretaciones en cada país.

Así, todas las legislaciones de la Europa comunitaria reconocen al artista, con distintos matices, pero sin excepción, los derechos exclusivos de autorizar la fijación de sus interpretaciones, así como su posterior reproducción, distribución (incluido el alquiler y préstamo), comunicación pública en todas sus formas y puesta a disposición del público. Así, por ejemplo en Alemania<sup>1490</sup>, Bélgica<sup>1491</sup>, Bulgaria<sup>1492</sup>, Dinamarca<sup>1493</sup>, Eslovaquia<sup>1494</sup>, Eslovenia<sup>1495</sup>, Estonia<sup>1496</sup>, España<sup>1497</sup>, Finlandia<sup>1498</sup>, Francia<sup>1499</sup>, Grecia<sup>1500</sup>, Hungría<sup>1501</sup>, Irlanda<sup>1502</sup>, Italia<sup>1503</sup>, Letonia<sup>1504</sup>, Lituania<sup>1505</sup>, Luxemburgo<sup>1506</sup>, Países Bajos<sup>1507</sup>, Polonia<sup>1508</sup>, Portugal<sup>1509</sup>, Reino Unido<sup>1510</sup>, Rumanía<sup>1511</sup> y Suecia<sup>1512</sup>.

Ahora bien, en cuanto a su ejercicio, son mayoría las legislaciones que establecen una presunción de cesión *iuris tantum* de tales derechos a favor del productor de la grabación audiovisual (así, entre otros, Alemania<sup>1513</sup>, Bélgica<sup>1514</sup>, Bulgaria<sup>1515</sup>, Eslovenia<sup>1516</sup>, España<sup>1517</sup>,

<sup>1490</sup> Arts. 77.1 y 78.1 de la Ley de Derecho de Autor, de 9 de septiembre de 1965.

<sup>1491</sup> Art. XI.205§1 del Código Económico – anterior art. 35.1 de la Ley belga de Derecho de Autor (de 30 de junio de 1994, revisada el 3 de abril de 1995), introducida en el Libro XI del Código de Derecho Económico mediante las leyes de 10 y 19 de abril de 2014.

<sup>1492</sup> Art. 76 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de 1993 (conforme a su última enmienda de 25 de marzo de 2011).

<sup>1493</sup> Art. 65.1 de la Ley Consolidada de Derecho de Autor de 2014 (Ley Consolidada Núm. 1144, de 23 de octubre de 2014).

<sup>1494</sup> Art. 63 de la Ley 618/2003, de 4 de diciembre de 2003, de derecho de autor y derechos conexos.

<sup>1495</sup> Art. 121 de la Ley de derecho de autor y derechos conexos, de 30 de marzo de 1995.

<sup>1496</sup> Art. 67, apartados 1 y 2, de la Ley de Derecho de Autor, de 11 de noviembre de 1992.

<sup>1497</sup> Arts. 106 a 109 TRLPI.

<sup>1498</sup> Art. 45, apartados 1 y 2, de la Ley de Derecho de Autor, de 8 de julio de 1961.

<sup>1499</sup> Art. L212-3 del Código de Propiedad Intelectual, aprobado por la Ley núm. 92-597, de 1 de julio de 1992.

<sup>1500</sup> Art.46.2 de la Ley 2121/1993, de derecho de autor, derechos conexos y asuntos culturales.

<sup>1501</sup> Art.73.1 de la Ley núm. LXXVI de 1999, sobre Derecho de Autor.

<sup>1502</sup> Arts. 203.1, 204.1 y 205.1 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos núm. 28 de 2000.

<sup>1503</sup> Art. 80.2 de la Ley núm. 633, de 22 de abril de 1941 (actualizada con las modificaciones introducidas por el Decreto-ley núm. 64, de 30 de abril de 2010), sobre la protección del derecho de autor y los derechos conexos.

<sup>1504</sup> Art.48.3 de la Ley de Derecho de Autor, de 6 de abril de 2000.

<sup>1505</sup> Art.53.1 de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, de 18 de mayo de 1999.

<sup>1506</sup> Art.43 y 44 de la Ley de Derechos de autor, derechos afines y bases de datos, de 18 de abril de 2001.

<sup>1507</sup> Art.2.1 de la Ley de 18 de marzo de 1993, *que contiene normas para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas o de primeras fijaciones audiovisuales y de los organismos de radiodifusión y de modificación de la Ley de Derechos de Autor 1912* (en lo sucesivo, LDA).

<sup>1508</sup> Art.86.1(2) de la Ley núm. 83, de 4 de febrero de 1994, sobre Derecho de autor y derechos conexos.

<sup>1509</sup> Art.178.1 del Código de derecho de autor y derechos conexos, aprobado por Decreto-Ley núm. 63/85, de 14 de marzo.

<sup>1510</sup> Secciones 182.1, 182A, 182B.1, 182C.1 y 182CA.1 de la Ley de Derechos de Autor, Diseños y Patentes de 1988, que los califica de *derechos de propiedad* (que no conexos, vecinos o afines), *ex. sección 191A.1 y*, por tanto, plenamente disponibles por parte de su titular (sección 191B.1).

<sup>1511</sup> Art. 98.1 de la Ley núm. 8, de 14 de marzo de 1996, sobre derecho de autor y derechos conexos.

<sup>1512</sup> Art. 45 de la Ley núm. 1960:729 sobre Derecho de autor en obras literarias y artísticas.

<sup>1513</sup> Art. 92 LDA.

<sup>1514</sup> Art. XI.206§1 CE (anterior art. 36.1 LDA).



Grecia<sup>1518</sup>, Hungría<sup>1519</sup>, Italia<sup>1520</sup>, Letonia<sup>1521</sup>, Lituania<sup>1522</sup>, Luxemburgo<sup>1523</sup>, Países Bajos<sup>1524</sup>, Polonia<sup>1525</sup>, Portugal<sup>1526</sup> y Rumanía<sup>1527</sup>). Pero tales ordenamientos difieren en la forma en la que reservan al artista una participación en la explotación de sus interpretaciones, es decir, en la que le garantizan el contenido económico de los precitados derechos exclusivos. Así, mientras en algunos países el legislador ha optado por reconocer a dicho colectivo los correspondientes derechos irrenunciables de remuneración de base legal (por ejemplo Alemania<sup>1528</sup>, España<sup>1529</sup>, Grecia<sup>1530</sup>, Italia<sup>1531</sup>, Países Bajos<sup>1532</sup>, Portugal<sup>1533</sup>), en otros países se les reconoce expresamente el derecho a ser remunerados, si bien a través del correspondiente contrato de producción, de tal forma que la cuantía y forma de ejercicio de tal derecho es un extremo más objeto de negociación, generalmente colectiva, con el productor de la grabación audiovisual (por ejemplo en Bulgaria<sup>1534</sup>, Eslovenia<sup>1535</sup>, Francia<sup>1536</sup>, Letonia<sup>1537</sup>, Lituania<sup>1538</sup> y Polonia<sup>1539</sup>).

Otros Estados miembros optan, sin embargo, por dejar plenamente a la negociación, individual o colectiva, la cesión de los derechos exclusivos del artista al productor, así como su contrapartida o remuneración. Es el caso, por ejemplo, de Estonia<sup>1540</sup>, Irlanda, Reino Unido<sup>1541</sup>, entre otros. En la misma línea, pero otorgando un plus de protección al artista, los países nórdicos (Suecia<sup>1542</sup>,

---

<sup>1515</sup> Art. 78.1 LDA.

<sup>1516</sup> Art. 124 LDA.

<sup>1517</sup> Art. 110 TRLPI.

<sup>1518</sup> Art. 46.3 LDA.

<sup>1519</sup> Art. 73.3 LDA.

<sup>1520</sup> Art. 84.1 LDA.

<sup>1521</sup> Art. 49 LDA.

<sup>1522</sup> Art. 53.4 LDA.

<sup>1523</sup> Art. 52.1 LDA.

<sup>1524</sup> Art. 3 LDC.

<sup>1525</sup> Art. 87 LDA.

<sup>1526</sup> Art. 178.2 CDA.

<sup>1527</sup> Art. 101 LDA.

<sup>1528</sup> Art. 78.2 LDA.

<sup>1529</sup> Art. 108, apartados 3 y 5, TRLPI.

<sup>1530</sup> Arts. 46.3 y 49, apartados 4 y 5, LDA.

<sup>1531</sup> Art. 84.2 LDA, conforme al cual *los artistas que en una obra cinematográfica o asimilada desempeñen un papel de notable importancia artística, aunque sea como actor secundario, tienen derecho, por cada utilización de la obra cinematográfica o asimilada por medio de la comunicación al público por aire, cable o satélite, a una compensación equitativa a cargo del organismo de emisión.*

En relación con cualquier uso distinto de los anteriores, dispone el art. 84.3 LDA que los artistas tendrán igualmente un derecho de remuneración a cargo de la persona que lleve a cabo cada acto de explotación.

<sup>1532</sup> Art. 45d de la Ley de Derecho de Autor, al que se remite el art. 4.2 LDC, reconociendo a los cesionarios de los derechos exclusivos (autores y actores) un derecho de remuneración por la puesta a disposición interactiva de obras audiovisuales.

<sup>1533</sup> Art. 178.2 CDA.

<sup>1534</sup> Art. 78.3 LDA, si bien limitado a *los artistas que interpreten un papel principal*, quienes podrán *estipular una remuneración extraordinaria en la forma de un porcentaje sobre cada ingreso bruto obtenido por el productor al usar la obra*. Esta remuneración será pagada bien por el productor o bien por los usuarios, y si no hubiera sido negociada, será determinada mediante acuerdo entre las asociaciones de actores por un lado y los productores o sus asociaciones por el otro.

<sup>1535</sup> Art. 124 LDA.

<sup>1536</sup> Art. L-212, apartados 4 y 5, CPI.

<sup>1537</sup> Art. 49 LDA.

<sup>1538</sup> Art. 53.4 LDA.

<sup>1539</sup> Arts. 86, apartados 2 y 3, LDA.

<sup>1540</sup> Art. 67.3 LDA.

<sup>1541</sup> *Vid.* nota al pie núm. 1510.

<sup>1542</sup> Art. 42a.1º LDA.

Dinamarca<sup>1543</sup>, Finlandia<sup>1544</sup>) optan por un sistema de “licencias colectivas extendidas”, en cuya virtud los acuerdos alcanzados entre las organizaciones representativas de un número sustancial de titulares (dentro de cada categoría) tienen efectos con respecto al resto de titulares dentro de la misma categoría, aunque no estén directamente representados por aquélla.

Cumple advertir, en todo caso, que en aquellos casos en los que la cesión de los derechos exclusivos al productor de la grabación audiovisual no es presuntiva, sino objeto de negociación, suelen ser los sindicatos de actores los que negocian y concluyen los correspondientes convenios colectivos que, entre otros extremos, prevén el importe de la remuneración o retribución reconocida a los artistas por dicha cesión –convenios que, a diferencia de los sistemas de derechos [de base legal] de remuneración, o de “licencias colectivas extendidas”, únicamente amparan a los artistas cubiertos por alguno de tales convenios. Es decir, la protección de un artista concreto no depende de su nacionalidad, lugar de residencia u otros criterios de protección, sino del hecho de que el contrato que suscriba con el productor esté cubierto por el correspondiente convenio colectivo.

No es este el caso, insistimos, de los sistemas en los que el artista tiene reconocido un derecho de remuneración, o un derecho exclusivo objeto de “licencia colectiva extendida”, pues en ambos casos son beneficiarios de tal sistema de protección todos los artistas cubiertos por el ámbito de aplicación de la ley, conforme a sus propias normas de vinculación –nacionalidad, lugar de residencia, lugar de la interpretación, etc.

Dentro de esta categoría de derechos, y a nivel comunitario, encontramos el de remuneración por el alquiler, precisamente el único de remuneración, *stricto sensu*, que hallamos, sin excepción, en todas y cada una de las legislaciones de los Estados miembros de la UE. Ello es fruto de la obligación que sobre tales Estados pesa a raíz de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo, y sobre la que volveremos más adelante. Así, por ejemplo, en Alemania (art. 77.2 LDA), Bélgica (art. XI.211 CE, anterior art. 40 LDA), Bulgaria (art. 22 LDA, por remisión del art. 78.7), Dinamarca (arts. 65.5 y 58a LDA, este último por remisión expresa del art. 65.6), Eslovaquia (art. 63.4 LDA), Estonia (art. 68.4 LDA), España (art. 109.3 TRLPI), Finlandia (art. 29a LDA, por remisión del art. 45.5), Hungría (art. 23 LDA, por remisión del art. 73.3), Irlanda (arts. 297 y 298 LDA), Letonia (art. 48,

---

<sup>1543</sup> Art. 50 LDA.

<sup>1544</sup> Art. 45.5 LDA.

apartados 5 y 7, LDA<sup>1545</sup>, Lituania (art. 53.6 LDA), Luxemburgo (arts. 52 y 64 LDA), Reino Unido (secciones 191F.1 y 191G LDA) y Rumanía (art. 111 LDA).

Lo mismo cabe decir sobre el derecho exclusivo de autorizar la retransmisión por cable, cuyo ejercicio colectivo es imperativo, conforme a la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable –sobre la que también volveremos más adelante. Ahora bien, y a diferencia de lo que sucede con el derecho de remuneración por el alquiler, en el caso del derecho exclusivo de autorizar la retransmisión por cable, los distintos Estados miembros de la UE lo han implementado adoptando formas más o menos diversas – desde el reconocimiento de un derecho exclusivo de gestión colectiva obligatoria (el caso, por ejemplo, de Alemania<sup>1546</sup>, Francia<sup>1547</sup>, Hungría<sup>1548</sup>, Luxemburgo<sup>1549</sup>, Polonia<sup>1550</sup>, España y Rumanía<sup>1551</sup>), hasta la regulación de la retransmisión por cable como una suerte de acto de explotación para la que no es precisa autorización de los titulares de los derechos [una suerte de licencia legal] sujeta a remuneración o regalía (caso del Reino Unido, por ejemplo). En otros países (*v.gr.*, los nórdicos) la retransmisión por cable, como derecho exclusivo, está sujeta a “licencia colectiva extendida” – así en Dinamarca (art. 35 LDA, por remisión del art. 65.6), Finlandia (art. 25h LDA, por remisión del art. 45.5) y Suecia (Art. 42.f LDA).

En cuanto a los derechos morales, y pese a su ausencia de regulación o armonización por parte de las distintas Directivas comunitarias, en los términos que veremos más adelante, cumple advertir que salvo Chipre, el resto de Estados Miembros reconocen al artista al menos los derechos de paternidad y de integridad sobre sus interpretaciones<sup>1552</sup>. Así, en Alemania (arts. 74.1 y 75 LDA), Bélgica (art. XI.204 CE, anterior art. 34 LDA), Bulgaria (art. 75 LDA), Dinamarca (art. 3 LDA, por remisión del art. 65.6), Eslovaquia, (art. 17 LDA, por remisión del art. 62), Eslovenia (art. 120 LDA), Estonia (art. 66 LDA), España (art. 113 TRLPI), Finlandia (art. 3 LDA, por remisión del art. 45.5), Francia (art. L212-2 CPI), Grecia (art. 50.1), Hungría

---

<sup>1545</sup> Si bien el art. 48.6 LDA establece que la administración de este derecho se realizará conforme al art. 51.3, referido al alquiler y préstamo de fonogramas.

<sup>1546</sup> Art. 20.b LDA, por remisión expresa del art. 78.4.

<sup>1547</sup> Art. L212-2 CPI.

<sup>1548</sup> Art. 28 LDA, por remisión del art. 73.3.

<sup>1549</sup> Art. 61 LDA.

<sup>1550</sup> Art. 21 LDA.

<sup>1551</sup> Art. 121 LDA.

<sup>1552</sup> En el caso de Malta o del Reino Unido, tales derechos son únicamente reconocidos en relación con las interpretaciones en vivo, o fijadas en un fonograma, consecuencia lógica de la introducción de tales derechos en sus respectivos ordenamientos a partir del WPPT.

(art. 75 LDA), Irlanda (arts. 309 y 311 LDA<sup>1553</sup>), Italia (arts. 81.1 y 83 LDA<sup>1554</sup>), Letonia (art. 48.2 LDA); Lituania (art. 52.1 LDA), Luxemburgo (art. 42 LDA), Países Bajos (art. 5.1 LDC), Polonia (art. 86.1(1) LDA), Portugal (arts. 180.1 y 182 CDA), Rumanía (art. 96 LDA) y Suecia (art. 3 LDA, por remisión del art. 45), entre otros.

## 2.2.- La protección de las interpretaciones audiovisuales en los países de Latinoamérica.

Con las únicas excepciones de Argentina y Uruguay, las legislaciones latinoamericanas objeto del presente estudio<sup>1555</sup> reconocen sin excepción, pero con distintas formulaciones y alcance, los derechos morales de paternidad e integridad sobre las interpretaciones audiovisuales<sup>1556</sup>. Así, en Bolivia<sup>1557</sup>, Brasil<sup>1558</sup>, Chile<sup>1559</sup>, Costa Rica<sup>1560</sup>, El Salvador<sup>1561</sup>, Guatemala<sup>1562</sup>, Honduras<sup>1563</sup>, México<sup>1564</sup>, Nicaragua<sup>1565</sup>, Panamá<sup>1566</sup>, Paraguay<sup>1567</sup>, Perú<sup>1568</sup>, República Dominicana<sup>1569</sup> y Venezuela<sup>1570</sup>.

<sup>1553</sup> Efectivamente, tales preceptos reconocen al artista los derechos morales de paternidad e integridad, aunque sujetos a varias excepciones establecidas en los arts. 310 y 312 LDA (en relación con las reproducciones incidentales, elaboración de exámenes en el ámbito de la enseñanza, actos parlamentarios o procesos judiciales, información sobre temas de actualidad, etc.).

<sup>1554</sup> Si bien el art. 83 reconoce el derecho de paternidad únicamente a los artistas *que lleven a cabo un papel protagonista*. Y, por su parte, conforme al art. 81.1 LDA, el derecho de integridad del artista es en realidad una suerte de *derecho al honor o reputación*, conforme al cual, *podrá oponerse a cualquier difusión, transmisión o reproducción [que no modificación o mutilación] de sus interpretaciones o ejecuciones que pudiera ser perjudicial para su honor o reputación*.

<sup>1555</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>1556</sup> En este sentido, si bien es cierto que las primeras normas dictadas a este respecto en aquel continente disponían el derecho del artista a *oponerse a la divulgación de su interpretación, cuando la reproducción de la misma sea hecha en forma tal que pueda producir grave e injusto perjuicio a sus intereses artísticos* (arts. 56 de Ley argentina 11.723, de propiedad intelectual y 37 de la Ley uruguaya 9.739 de 1937, sobre propiedad literaria y artística), no encontramos en ellas un derecho expreso de paternidad sobre la interpretación audiovisual – más allá de la obligación del productor de la obra audiovisual a mencionar el nombre de los intérpretes principales, entre otros (art. 22 Ley argentina).

<sup>1557</sup> Art. 53.5° de la Ley Núm. 1322 de 1992, de derecho de autor.

<sup>1558</sup> Art. 92 de la Ley 9610, de 19 de febrero, de 1998, que altera, actualiza y consolida la legislación sobre derechos de autor y otras disposiciones.

<sup>1559</sup> Art. 2 de la Ley 20.243 de 2008, que establece normas de los derechos morales y patrimoniales de los intérpretes de las ejecuciones artísticas fijadas en forma audiovisual.

<sup>1560</sup> Art. 79 de la Ley 6.683 de 1982, de derechos de autor y derechos conexos.

<sup>1561</sup> Art. 81 *in fine* del Decreto 604 de 1993, Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>1562</sup> Art. 57 del Decreto 33 de 1998, Ley del derecho de autor y derechos conexos.

<sup>1563</sup> Art. 36, apartados 1° y 2°, por remisión del art. 117, del Decreto 4-99-E, Ley del derecho de autor y de los autores conexos, de 1999.

<sup>1564</sup> Art. 117 de la Ley federal del derecho de autor de 1996.

<sup>1565</sup> Art. 91 de la Ley 312 de 1999, sobre derecho de autor y derechos conexos.

<sup>1566</sup> Art. 122 la Ley 64, de 10 de octubre de 2012, sobre derecho de autor y derechos conexos.

<sup>1567</sup> Art. 31 de la Ley sobre el derecho de autor (Decreto Legislativo 822 de 1996).

<sup>1568</sup> Art. 122 de la Ley 1.328 de 1998, de derechos de autor y derechos conexos.

<sup>1569</sup> Art. 140 de la Ley 65 de 2000, del derecho de autor y derechos conexos.

<sup>1570</sup> Art. 92.2° de la Ley sobre el derecho de autor, de 1993.

Otras legislaciones van más allá, y reconocen al artista otros derechos morales sobre sus interpretaciones audiovisuales. Es el caso de Colombia<sup>1571</sup>, Panamá<sup>1572</sup> y Perú<sup>1573</sup>.

El menor nivel de protección a este respecto lo encontramos en Ecuador, donde los derechos morales del artista están limitados a sus interpretaciones en vivo o fijadas en un fonograma –es decir, el artista carece de derechos morales sobre sus interpretaciones fijadas en una grabación audiovisual<sup>1574</sup>.

En cuanto a los derechos patrimoniales reconocidos a los artistas sobre sus interpretaciones audiovisuales en los distintos ordenamientos latinoamericanos, comenzaremos nuestro estudio por los derechos exclusivos sobre tales interpretaciones en vivo o no fijadas. Así, y de nuevo con la única salvedad de las leyes argentina y uruguaya, todas las legislaciones latinoamericanas objeto del presente análisis reconocen, sin excepción, el derecho exclusivo del artista a autorizar la fijación de su interpretación: Bolivia (art. 53.5ª LDA), Brasil (art. 90.I LDA), Chile (art. 6.1 LPI), Colombia (art. 166.b LDA), Costa Rica (art. 78 LDA), Ecuador (art. 88 LDA), El Salvador (Art. 81.a LPI), Guatemala (art. 53.1 LDA<sup>1575</sup>), Honduras (art. 113 LDA), México (art. 118.II LDA), Nicaragua (art. 86 LDA), Panamá (art. 123.2 LDA), Paraguay (art. 123.2 LDA), Perú (art. 132.b LDA y 14.b LAIE), República Dominicana (art. 135.1 LDA) y Venezuela (art. 92.1º LDA).

Además, casi todas las legislaciones objeto de estudio reconocen al artista el derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público de sus interpretaciones en vivo o no fijadas. Así, en Brasil (art. 90.III LDA), Chile (art. 6.3 LPI), Colombia (art. 166.a LDA), Ecuador (art. 88 LDA), El Salvador (art. 81.e LPI), Guatemala (art. 53.1 LPI), Honduras (art. 113.1 LDA), Nicaragua (art. 86 LDA), Panamá (art. 123 LDA), Paraguay (art. 123 LDA), Perú (arts. 132 LDA y 14 LAIE), República Dominicana (arts. 135 y 136 LDA), Uruguay (art. 39.a LPI) y Venezuela (art. 92.1º LDA) –si bien algunas de ellas exceptúan este derecho exclusivo cuando la comunicación al público se hace a partir de una fijación previamente autorizada (*vid.* Paraguay y Venezuela), o cuando ésta constituya en sí misma una interpretación radiodifundida (*vid.* Guatemala,

---

<sup>1571</sup> Así, conforme al art. 30 de la Ley 23 de 1982, sobre derechos de autor, por remisión expresa del art. 171, el artista tiene reconocidos sobre su interpretación audiovisual los derechos morales de paternidad, integridad, divulgación, modificación y retracto.

<sup>1572</sup> Donde los artistas tienen reconocido además el derecho a autorizar el doblaje de sus interpretaciones (art. 122 LDA).

<sup>1573</sup> La Ley del artista intérprete y ejecutante (Ley 28131 de 2003) reconoce al artista los derechos de acceso al ejemplar único del soporte que contenga su creación artística y que se encuentre en poder de otro (art. 12) y de doblaje en la propia lengua del artista –si bien este último se configura, en realidad, como un derecho patrimonial exclusivo de autorizar (art. 19).

<sup>1574</sup> Art. 87 de la Ley 83 de 1998, de propiedad intelectual.

<sup>1575</sup> Si bien conforme al último inciso de este precepto, *los ejecutores [los artistas] de obras audiovisuales quedan a salvo de esta disposición*. Entendemos que ello es fruto de la presunción de cesión, *en forma ilimitada y exclusiva*, de todos los derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual a su productor (*ex.* art. 27 LDA, aplicable *mutatis mutandis* a los intérpretes).

Honduras, Nicaragua y Uruguay), incluso en ambos casos (*vid.* Colombia, Ecuador, El Salvador, Panamá, Perú y República Dominicana).

Con respecto a sus interpretaciones fijadas, todas las legislaciones latinoamericanas objeto de análisis, salvo la argentina y la uruguaya<sup>1576</sup>, reconocen al artista el derecho de reproducción. Algunas reconocen, asimismo y de manera más o menos extensa, el derecho exclusivo de comunicación al público – Bolivia (art. 53.5° LDA), Brasil (art. 90.III LDA), Chile (art. 6 LPI), Costa Rica (art. 78 LDA), El Salvador (art. 81 LPI), Guatemala (art. 53.1 LDA), Honduras (art. 113 LDA), México (art. 118 LDA), Nicaragua (art. 87 LDA), Panamá (art. 123 LDA), Paraguay (art. 123 LDA), República Dominicana (art. 135 LDA) y Venezuela (art. 92.1 LDA).

Algunas reconocen, así mismo, el derecho exclusivo del artista a autorizar la distribución de los originales o copias de sus interpretaciones fijadas: Brasil (art. 90.II LDA), Chile (art. 6. LPI), El Salvador (art. 81 LPI), Guatemala (art. 53.1 LDA), Honduras (art. 113 LDA), Nicaragua (art. 87 LDA), Panamá (art. 123 LDA), Perú (art. 16 LAIE) y República Dominicana (art. 135 LDA). Y otras, además, reconocen el derecho exclusivo del artista a autorizar la puesta a disposición interactiva del público de sus interpretaciones fijadas: Brasil (art. 90.II LDA), El Salvador (art. 81 LPI), Honduras (art. 113 LDA), Nicaragua (art. 87 LDA), Panamá (art. 123 LDA) y Perú (art. 17 LAIE).

Por último, determinadas leyes contienen una suerte de cláusula de cierre que reconoce al artista el derecho exclusivo de autorizar cualesquiera otras formas de utilización de sus interpretaciones, además de las precitadas: Bolivia (art. 53.5° LDA), Brasil (art. 90.V LDA), Costa Rica (art. 78 LDA) y Guatemala (art. 53.1 LDA).

En cuanto al ejercicio de tales derechos exclusivos, las legislaciones latinoamericanas prevén diversas fórmulas, siendo la más habitual de todas ellas la presunción de cesión *iuris tantum* de los mismos a favor del productor de la obra audiovisual. Así, por ejemplo, en Bolivia (art. 42 LDA), Colombia (arts. 81y 98 LDA - que, por cierto, fueron sometidos a control de

---

<sup>1576</sup> La ley uruguaya únicamente reconoce derechos exclusivos sobre las interpretaciones fijadas cuando estas fijaciones son sonoras (fonogramas). Lo mismo podría decirse de la legislación argentina, pues si bien la Ley 11.723, de propiedad intelectual, no reconoce al artista derecho exclusivo alguno sobre sus interpretaciones fijadas, las leyes 23.921 (de 15 de abril de 1991) y 25.140 (de 8 de septiembre de 1999) incorporaron al ordenamiento argentino tanto la Convención de Roma como el WPPT, respectivamente. Dicha incorporación no se produjo mediante la modificación de la precitada ley de propiedad intelectual, como quizás hubiera sido deseable, sino sencillamente incorporando el texto íntegro e inalterado de ambos instrumentos al ordenamiento jurídico nacional, de tal manera que los artistas sí tienen reconocidos en Argentina los derechos exclusivos que dichos instrumentos les reconocen sobre sus interpretaciones fijadas en fonogramas.

constitucionalidad en aquél país<sup>1577</sup>), Ecuador (art. 35 LDA), El Salvador (art. 30.1º LPI), Guatemala (arts. 8, 27 y 101 LDA – este último disponiendo, además, que el autor [o, en su caso, el artista] ha de ser remunerado por la cesión de los derechos de reproducción y distribución), Honduras (Art. 22.1º LDA), Panamá (art. 19.1º LDA), Paraguay (art. 62.1º LDA), Perú (art. 66.1º LDA) y República Dominicana (art. 60 LDA).

En otras legislaciones, sin embargo, la presunción viene establecida de tal modo que no parece admitir pacto en contra, esto es *iruis et de iure*, referida tanto a la cesión de los derechos exclusivos (v.gr. Chile, art. 29 LPI) como a la habilitación para el ejercicio (v.gr., Costa Rica, art. 55 LDA), e incluso a la titularidad misma de tales derechos.

También nos encontramos con disposiciones similares, pero específicamente referidas a los derechos de los artistas: Brasil (art. 81 LDA), Colombia (art. 168 LDA), México (arts. 118 *in fine* y 121 LDA) y Venezuela (art. 15 LDA, por remisión expresa del art. 91).

En relación con la cesión de los derechos exclusivos, las legislaciones de Brasil (art. 82 LDA), Honduras (art. 22.2º LDA), República Dominicana (art. 63 LDA) disponen que el contrato entre artista y productor debe establecer, entre otras condiciones, la remuneración debida a aquéllos, así como el tiempo, lugar y forma de pago.

Otras, sin embargo, reconocen al artista un derecho de remuneración por la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales que incorporan sus interpretaciones. Así, en Argentina (art. 56.1º LPI), Uruguay (art. 36 LPI) y Venezuela (arts. 9 y 10 de la Ley de Protección Social al Trabajador y a la Trabajadora Cultural, de 2014). La ley costarricense reconoce un derecho similar (art. 83 LDA), si bien limitado a la comunicación pública llevada a cabo en lugares abiertos al público, y configurado como un derecho exclusivo del productor, cuyo fruto [la “*remuneración equitativa y única*” a que tiene derecho por la correspondiente licencia o autorización] debe compartir con los artistas.

---

<sup>1577</sup> Efectivamente, la Corte Constitucional de Colombia declaró [Sentencia C-276, de 20 de junio de 1996] la constitucionalidad de ambas disposiciones toda vez que “el legislador colombiano, no optó por la modalidad de la cesión convencional, o por la *cessio legis*, sino por la presunción de cesión legal salvo estipulación en contrario, la cual antes que vulnerar el principio de libertad contractual de las personas, lo reivindica, pues radica, salvo acuerdo expreso en contrario, en la capacidad de disposición sobre la obra de quien la impulsa, la financia, realiza las correspondientes inversiones y asume los riesgos, sin menoscabar con ello los derechos morales de cada uno de los colaboradores y sin restringir su capacidad para libremente acordar los términos de sus respectivos contratos”.

En otros países, además del precitado derecho de remuneración por la comunicación pública, se reconoce a los artistas un derecho de remuneración por el alquiler de grabaciones audiovisuales. Es el caso de Panamá (arts. 20 y 124.3°-5° LDA) y Perú (art. 18 LAIE).

Y, en otros, el elenco de derechos de remuneración se amplía hasta la puesta a disposición de las interpretaciones fijadas: Chile (art. 3 Ley 20.243 de 2008), Colombia (art. 166 Parágrafo 1° LDA), México (art. 117bis LDA) y Nicaragua (arts. 88.1°LDA y 7 Reglamento LDA).

### **2.3.- La protección de las interpretaciones audiovisuales en los países de África.**

En el continente africano encontramos una amplia amalgama de leyes de propiedad intelectual o derecho de autor, inspiradas en [o directamente derivadas de] los distintos regímenes o sistemas vigentes en cada país durante la época colonial —esencialmente el sistema anglosajón del *Copyright* (en países de influencia británica, tales como Nigeria, Sudáfrica, Kenia, Botsuana o Malawi) y el continental de derecho de autor. Y, dentro de estos últimos, también podemos advertir diferencias en función de la legislación de cada metrópoli en la época colonial, ya fuera aquélla francesa (en países del Magreb como Marruecos, Argelia y Túnez, así como en otros subsaharianos como Costa de Marfil), belga (v.gr., República Democrática del Congo), portuguesa (v.gr., Mozambique), Alemana (v.gr., Tanzania) o incluso española (v.gr., Guinea Ecuatorial).

Esta disparidad jurídico-legislativa inicial se ha ido agravando, además, con ocasión de la distinta manera en que los países africanos han implementado en sus ordenamientos determinadas disposiciones de la Convención de Roma y del WPPT —especialmente en relación con los efectos derivados del consentimiento del artista a la fijación audiovisual de su interpretación (art. 19 de la Convención de Roma<sup>1578</sup>) y con el ámbito de los derechos morales reconocidos al artista (art. 5 WPPT<sup>1579</sup>).

Por tanto y en definitiva, no es tarea fácil encontrar una base verdaderamente armonizada a nivel africano en cuanto a la protección de las interpretaciones audiovisuales, si bien podemos afirmar

---

<sup>1578</sup> En cuya virtud, una vez que el artista intérprete o ejecutante haya consentido que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, deja de serle de aplicación la protección dispensada por dicha Convención.

<sup>1579</sup> El WPPT (art. 5) limita los derechos morales del artista a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o fijadas en fonogramas.



que, en términos generales, y con alguna excepción (*v.gr.*, Túnez) el nivel de dicha protección aún deja mucho que desear.

Cumple advertir, por último, que al día de la fecha el único país africano que ha ratificado el Tratado de Beijing es Botsuana<sup>1580</sup>, cuya legislación es, además y como veremos más adelante, claro ejemplo de lo antedicho en relación con el escaso nivel de protección de las interpretaciones audiovisuales en África y el impacto que sobre las mismas han tenido los precitados arts. 19 de la Convención de Roma y 5 del WPPT.

Efectivamente, la Ley de Botsuana de derecho de autor y derechos conexos de 2000 (reformada por la Ley núm. 6 de 2006), reconoce al artista en su art. 24.1 toda una serie de derechos exclusivos sobre sus interpretaciones. Sin embargo, a renglón seguido (art. 24.2) y siguiendo las disposiciones del art. 19 de la Convención de Roma, el artista queda despojado de todo derecho exclusivo sobre su interpretación una vez ha accedido a la fijación audiovisual de la misma. Además, y siguiendo la literalidad del art. 5 WPPT, el art. art. 24.3 de la citada ley limita los derechos morales del artista [de paternidad e integridad] a sus interpretaciones en vivo sonoras o fijadas en un fonograma.

El mismo esquema siguen las legislaciones de Mozambique<sup>1581</sup> y Tanzania<sup>1582</sup>, cuyos arts. 43 y 31.1, respectivamente, reconocen al artista toda una serie de derechos exclusivos que dejarán de ser aplicables tan pronto como aquél consienta la fijación audiovisual de sus interpretaciones.

Por lo que a los derechos morales del artista se refiere, si bien las leyes de Tanzania<sup>1583</sup> y Marruecos<sup>1584</sup> siguen el mismo modelo que la de Botsuana [*v.gr.*, reconociendo tales derechos únicamente sobre las interpretaciones o ejecuciones sonoras en vivo o fijadas en un fonograma], la ley de Mozambique va más allá y no reconoce derecho moral alguno a los artistas.

Otras legislaciones herederas del *Copyright* anglosajón (*v.gr.*, Nigeria, Sudáfrica<sup>1585</sup> o Malawi) tampoco reconocen derecho moral alguno a los artistas, como tampoco lo hacen la precitada ley

---

<sup>1580</sup> Mediante instrumento depositado en la OMPI con fecha 20 de noviembre de 2013.

<sup>1581</sup> Ley núm. 4/2001, de 27 de febrero de 2001, sobre el derecho de autor.

<sup>1582</sup> Ley de derechos de autor y derechos conexos de 1999.

<sup>1583</sup> Art. 31.3 LDA.

<sup>1584</sup> Art. 50 de la Ley núm. 2-00, sobre derecho de autor y derechos conexos, promulgada por Decreto núm. 1-00-20, de 15 de febrero de 2000.

<sup>1585</sup> *Vid.* epígrafe 4.5 del Capítulo IX.

de Mozambique, o incluso la de la República Democrática del Congo<sup>1586</sup> (ambas de corte continental).

Kenia, sin embargo, y pese a inspirarse en el *Copyright* británico, sí reconoce a los artistas los derechos morales de paternidad e integridad sobre sus interpretaciones audiovisuales<sup>1587</sup>.

Otras legislaciones de tradición francesa, como las de Argelia<sup>1588</sup>, Túnez<sup>1589</sup> y Costa de Marfil<sup>1590</sup>, sí reconocen al artista los derechos morales de paternidad e integridad sobre sus interpretaciones audiovisuales –arts. 112, 47. quater y 80, respectivamente.

Tampoco encontramos uniformidad en el reconocimiento de derechos patrimoniales a los artistas africanos sobre sus interpretaciones audiovisuales. Casi todas las legislaciones (con alguna excepción especialmente llamativa, como por ejemplo la de Guinea Ecuatorial, país en el que continua en vigor la Ley española de propiedad intelectual de 10 enero de 1879<sup>1591</sup>) reconocen al artista, en mayor o menor medida, toda una serie de derechos exclusivos sobre sus interpretaciones audiovisuales –con mayor o menor alcance, los de fijación, comunicación al público, reproducción y, en algunos casos, los de distribución y puesta a disposición). Es el caso de las legislaciones de Marruecos<sup>1592</sup>, Argelia<sup>1593</sup>, Túnez<sup>1594</sup>, Nigeria<sup>1595</sup>, Sudáfrica<sup>1596</sup>, Kenia<sup>1597</sup>, República Democrática del Congo<sup>1598</sup>, Costa de Marfil<sup>1599</sup> y Malawi<sup>1600</sup>, por ejemplo.

Sí encontramos, sin embargo, cierta uniformidad en cuanto a la forma de ejercicio de tales derechos exclusivos, y en todo caso dependiendo del sistema [*Copyright* o Derecho de Autor] adoptado en cada país.

---

<sup>1586</sup> La Ley congoleña de derecho de autor y derechos conexos (de 1986) sí reconoce al autor, sin embargo, los derechos morales de paternidad e integridad (arts. 17 y 18).

<sup>1587</sup> Art. 30.5 de la Ley de derecho de autor de 2001, revisada en 2012.

<sup>1588</sup> Ordenanza núm. 03-05, de 19 de julio de 2003, relativa a los derechos de autor y derechos conexos.

<sup>1589</sup> Ley núm. 2009-33, de 23 de junio de 2009, que modifica y completa la Ley núm. 94-36, de 24 de febrero de 1994, relativa a la propiedad literaria y artística.

<sup>1590</sup> Ley núm. 96-564, de 25 de julio de 1996, relativa a la protección de las obras del espíritu y los derechos de los autores, los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas y videogramas.

<sup>1591</sup> Conforme a la declaración de vigencia contenida a este respecto en el Decreto-Ley ecuatoguineano 4/1980, de 3 de abril.

<sup>1592</sup> Art. 50. LDA.

<sup>1593</sup> Art. 109 ODA.

<sup>1594</sup> Art. 47. quater LPI

<sup>1595</sup> Art. 23 de la Ley de derecho de autor (Capítulo 68 del código nigeriano, de 1990), reformada por última vez mediante Decreto núm. 42 de 1999.

<sup>1596</sup> Sección 5.1.a de la Ley núm. 11 de 1967, de protección del artista.

<sup>1597</sup> Sección 30.1 LDA.

<sup>1598</sup> Art. 85 de la Ordenanza-Ley núm. 86-033, de 5 abril de 1986, sobre la protección de los derechos del autor y los derechos conexos.

<sup>1599</sup> Art. 81 LPI.

<sup>1600</sup> Sección 32.1 de la Ley núm. 9, de 26 de abril de 1989, de derecho de autor.

Así, conforme a las legislaciones propias del *Copyright* el autor de la obra audiovisual es el productor de la misma, reconociéndole, por tanto, el *copyright* sobre éstas— v.gr., Nigeria (art. 51 LDA), Sudáfrica (sección 1.1 LDA<sup>1601</sup>), Kenia (sección 2 LDA) y Malawi (sección 2.a LDA). Ahora bien, el *copyright* (o los derechos exclusivos del autor) no equivale a los derechos *conexos* de los artistas, de tal suerte que la titularidad inicial de aquél no presupone la de éste. A este respecto caben múltiples fórmulas, que van desde la presunción de cesión de los derechos exclusivos del artista a favor del productor de la obra audiovisual, hasta la habilitación (también a favor del productor) para el ejercicio de tales derechos.

La contraprestación por dicha cesión o habilitación vendrá dada, en general, por el contrato suscrito entre artista y productor —contrato que puede ser objeto de negociación individual o colectiva (a través del correspondiente sindicato). De nuevo, y habida cuenta la posición negociadora preeminente del productor frente al artista, determinadas legislaciones han optado por reconocer a este último un derecho de remuneración. Es el caso de Kenia, cuya ley reconoce al artista el derecho a una remuneración equitativa por la radiodifusión u otra forma de comunicación al público, incluida la puesta a disposición, de sus interpretaciones fijadas (Sección 30ª LDA), derecho que además está sujeto a gestión colectiva obligatoria.

De igual manera, y como ya hemos dicho anteriormente<sup>1602</sup>, la Sección 5 de la ley sudafricana de protección del artista dispone en su apartado 1(b) que nadie podrá radiodifundir o comunicar al público una interpretación fijada, *sin pagar una remuneración al artista correspondiente*. Se trata del denominado *needle-time right* [o derecho de tiempo de aguja, en referencia a la explotación de los antiguos vinilos], inicialmente previsto para remunerar a los artistas por la explotación de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma, pero que a partir de la reforma de 1997 es igualmente aplicable a la explotación de todo tipo de fijaciones — audiovisuales incluidas<sup>1603</sup>.

Las legislaciones africanas de corte continental, sin embargo, no reconocen al productor de la obra audiovisual la condición de autor de la misma, estableciendo entonces toda una serie de presunciones (generalmente *iuris tantum*) de cesión de los derechos exclusivos de este último a

---

<sup>1601</sup> Ley 98 de 1978, de derecho de autor.

<sup>1602</sup> Vid. epígrafe 4.5 del Capítulo IX.

<sup>1603</sup> Efectivamente, la Sección 8 (1) de la ley de protección del artista disponía que *una vez el artista ha consentido la incorporación de su interpretación en una fijación visual o audiovisual, la Sección 5 (1) dejará de ser aplicable con respecto a tal fijación* [esto es, incorporaba literalmente el art. 19 de la Convención de Roma]. No obstante, la Ley núm. 38 de 1997 suprimió dicho párrafo, por lo que la Sección 5 (1), incluido el *needle-time right*, resulta igualmente de aplicación a las interpretaciones audiovisuales.

favor de aquél. Presunciones que resultan igualmente aplicables, siquiera por analogía, a los derechos del artista.

Así, en Argelia (art. 110 ODA) se establece, a partir del consentimiento para la fijación de la interpretación, una presunción de cesión de los derechos exclusivos de distribución y comunicación pública. La legislación costamarfileña, además de establecer una presunción similar, dispone que el contrato entre el artista y el productor de la obra audiovisual debe prever una remuneración distinta por cada modo de explotación de la obra (art. 82 LPI).

Por su parte, en las legislaciones de Túnez y de la República Democrática del Congo, por ejemplo, no encontramos una disposición específicamente referida a la cesión de los derechos exclusivos del artista, a los que resultan de aplicación, entonces, las presunciones establecidas con respecto a los derechos del autor –arts. 38 y 58, respectivamente. Cesiones presuntivas que en modo alguno impiden al artista negociar, individual o colectivamente, con el productor las condiciones económicas correspondientes. En todo caso, la ley congoleña establece, además, el derecho del artista a recibir una remuneración por la radiodifusión o cualquier otra forma de comunicación pública de sus interpretaciones fijadas (art. 86 LDA); remuneración a la que también tendrán derecho los productores de la fijación cuando la misma haya sido publicada con firmes comerciales (art. 92 LDA).

## **2.4.- La protección de las interpretaciones audiovisuales en los países de Asia y el Pacífico.**

La situación en los distintos países asiáticos y del Pacífico no difiere mucho de la africana en cuanto a la escasa, por no decir inexistente, armonización en materia de protección de las interpretaciones audiovisuales. Sí existe, no obstante, un elemento común: el escaso nivel de protección de que disfrutaban, en términos generales y con alguna excepción destacada, estas interpretaciones en tales países.

En esta región del mundo, especialmente en el sudeste asiático y en el Pacífico, se observa una clara influencia del *Copyright* anglosajón –en países como Australia, India, Nueva Zelanda, Malasia y Filipinas. En otros, como Corea del Sur, se atisba una suerte de combinación del *Copyright* con el Derecho de Autor, redundando en un mayor nivel legal de protección de las interpretaciones audiovisuales– nivel de protección que también encontramos en determinadas ordenamientos del *Copyright*, como por ejemplo en la India y Filipinas. Ahora bien, al margen

de estos tres ordenamientos, así como del japonés, la protección de las interpretaciones audiovisuales en Asia y el Pacífico es manifiestamente mejorable. Así, en países como Vietnam, los artistas únicamente tienen reconocidos derechos sobre sus interpretaciones sonoras o fijadas en un fonograma, y en otros como Tailandia, Australia<sup>1604</sup> o Nueva Zelanda, las interpretaciones audiovisuales cuentan con una regulación mínima [en algunos casos inexistente], dejándose la protección de aquéllas en manos de los sindicatos y demás representantes colectivos de los artistas –como sucede, en mayor o menor medida, en la práctica totalidad de los países de la región, muestra inequívoca de su herencia común en la mayor parte de la región: el *Copyright* anglosajón.

No son muchos los países de la región Asia-Pacífico que reconocen derechos morales a los artistas sobre sus interpretaciones audiovisuales. En algunos de ellos tales derechos sencillamente brillan por su ausencia (*v.gr.*, Tailandia, Nueva Zelanda, Pakistán, Australia) y, en otros, siguiendo el dictado del art. 5 WPPT, están reservados a las interpretaciones sonoras o fijadas en fonogramas (*v.gr.*, Malasia, Nepal). Ahora bien, sí que encontramos países en los que el artista tiene reconocidos al menos los derechos de paternidad e integridad sobre sus interpretaciones audiovisuales –así, la India<sup>1605</sup> (Sección 38B Ley del derecho de autor), China (art. 38 LDA<sup>1606</sup>), Japón (art. 90bis y 90ter LDA<sup>1607</sup>), Filipinas<sup>1608</sup> (Sección 204.1 Código de propiedad intelectual –que en el caso de las interpretaciones no fijadas o en vivo, únicamente reconoce tales derechos sobre las interpretaciones o ejecuciones sonoras<sup>1609</sup>), Corea del Sur (arts. 66 y 67 LPI<sup>1610</sup>), Vietnam (art. 29 apartados 1 y 2, LPI<sup>1611</sup>), e Indonesia (arts. 21 y 22 LDA<sup>1612</sup>).

Sin embargo, sí son mayoría los países de la región que reconocen al artista derechos exclusivos sobre sus interpretaciones audiovisuales, siquiera *testimonialmente* – habida cuenta los regímenes vigentes de cesión o titularidad inicial de tales derechos, así como la inexistencia (salvo contadas ocasiones) de alguna suerte de compensación o remuneración equitativa de origen legal a favor del artista.

---

<sup>1604</sup> *Vid.* epígrafe 4.1 del Capítulo IX.

<sup>1605</sup> *Vid.* epígrafe 4.4 del Capítulo IX.

<sup>1606</sup> Ley de derecho de autor, adoptada por la Decimoquinta sesión del Comité Permanente del Séptimo Congreso Popular Nacional el 7 de septiembre de 1990, y revisada por decisión de la Decimotercera sesión de dicho Comité Permanente (Decimoprimer Congreso Popular Nacional), de fecha 26 de febrero de 2010.

<sup>1607</sup> Ley núm. 48, de derecho de autor, promulgada el 6 de mayo de 1970 y reformada en sucesivas ocasiones, la última mediante Ley núm. 35, de 14 de mayo de 2014.

<sup>1608</sup> *Vid.* epígrafe 4.3 del Capítulo IX.

<sup>1609</sup> *Id.*

<sup>1610</sup> Ley núm. 432 de 1957, de propiedad intelectual, reformada por última vez por la Ley núm. 9625 de 22 de abril de 2009.

<sup>1611</sup> Ley núm. 50/2005/QH11, de propiedad intelectual.

<sup>1612</sup> Ley núm. 28 de 2014, de derecho de autor.

Así, con las excepciones de Australia<sup>1613</sup> y Vietnam<sup>1614</sup>, cuyas legislaciones no reconocen al artista derecho exclusivo alguno sobre sus interpretaciones audiovisuales, el resto de legislaciones analizadas sí atribuyen al artista, con mayor o menor alcance, los derechos exclusivos de fijación, reproducción y comunicación pública. Es el caso de la India<sup>1615</sup> (Sección 38A LDA, que también reconoce el derecho de distribución), Filipinas<sup>1616</sup> (Sección 203 CPI, que también reconoce los derechos de distribución, alquiler y puesta a disposición), Malasia (Sección 16A.1 LDA<sup>1617</sup>, que también reconoce los derechos de distribución y alquiler), Corea del Sur (arts. 69 a 70 y 72 a 74 LPI - este último reconoce al artista, además, el derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición interactiva de sus interpretaciones), Tailandia (Sección 44 LDA<sup>1618</sup>), Indonesia (art. 23 LDA), Pakistán (Sección 24A.1 ODA<sup>1619</sup>), Nepal (Sección 9.1 LDA<sup>1620</sup>), Nueva Zelanda (Secciones 171.1, 172 y 173.1 LDA<sup>1621</sup>), Japón (arts. 91.1, 92, 92 bis y 95 bis LDA, que también reconocen al artista los derechos exclusivos de autorizar la distribución y la puesta a disposición<sup>1622</sup>) y China (art. 38 LDA, que también reconoce al artista los derechos exclusivos de autorizar la distribución y la puesta a disposición).

En cuanto a la forma de ejercicio de tales derechos exclusivos, cumple recordar que casi todas las legislaciones de dicha región reconocen al productor de la obra audiovisual todos los derechos exclusivos [el *copyright*] sobre las mismas, ya sea por su consideración de autor de las mismas<sup>1623</sup>, o por una suerte de atribución o habilitación inicial a su favor para el ejercicio de tales derechos<sup>1624</sup>.

Y sin embargo no son muchas las legislaciones de la región que establecen un mecanismo para garantizar al artista el contenido económico de tales derechos, y mucho menos un derecho de remuneración en sentido estricto. Así, por ejemplo, la legislación china remite tanto la cesión de los derechos exclusivos como el cobro de la remuneración a la voluntad del artista y del

<sup>1613</sup> Vid. epígrafe 4.1 del Capítulo IX.

<sup>1614</sup> En realidad, y conforme al art. 29.3 de la LPI vietnamita, el artista tiene el derecho exclusivo de autorizar la radiodifusión y comunicación al público de sus interpretaciones no fijadas (sean éstas audiovisuales o musicales). Ahora bien, los demás derechos exclusivos reconocidos al artista en dicho precepto (fijación, reproducción y distribución) están referidos única y exclusivamente a sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma.

<sup>1615</sup> Vid. epígrafe 4.4 del Capítulo IX.

<sup>1616</sup> Vid. epígrafe 4.3 del Capítulo IX.

<sup>1617</sup> Ley 332 de 1987, de derecho de autor.

<sup>1618</sup> Ley núm. 3, B.E. 2558, de 2015, de derecho de autor.

<sup>1619</sup> Ordenanza núm. XXXIV de 1962, de derecho de autor, última reforma de 2000.

<sup>1620</sup> Ley núm. 2959 de 2002, de derecho de autor.

<sup>1621</sup> Ley de derecho de autor de 1994.

<sup>1622</sup> Si bien, conforme al art. 91.2 LDA, los derechos exclusivos *no son de aplicación a las interpretaciones que hayan sido incorporadas en una obra cinematográfica con la autorización del titular del derecho de fijación*.

<sup>1623</sup> V.gr., India, ex. Sección 2(d) LDA; Malasia, ex. sección 3(e) LDA; y Pakistán, ex. sección 2(d) ODA.

<sup>1624</sup> V.gr., Filipinas, ex. sección 178.5 CPI; Australia, ex. sección 98.2 LDA; Vietnam, ex. art. 21.2 LPI; y Tailandia, ex. secciones 9 y 10 LDA.

productor o, con mayor precisión, a lo que pacten con ocasión de la producción de la grabación audiovisual (art. 41 LDA<sup>1625</sup>).

Por su parte, la legislación india establece una suerte de habilitación al productor para el ejercicio de los derechos exclusivos del artista, salvo pacto en contrario, y reservando al actor en todo caso el derecho a recibir regalías por el uso comercial de sus interpretaciones<sup>1626</sup>. En términos parecidos se pronuncian las leyes filipina<sup>1627</sup> y vietnamita<sup>1628</sup>. La LPI coreana es la única de la región en la que hemos encontrado una presunción de cesión *stricto sensu* de los derechos exclusivos del artista al productor de la grabación audiovisual<sup>1629</sup>. Ahora bien, no encontramos en dicha ley disposición alguna que reconozca al artista un derecho de remuneración como contraprestación a esta presunción, ni fórmula alternativa para la salvaguardia del contenido económico de los derechos exclusivos objeto de cesión.

### 3.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA UE.

#### 3.1.- Aspectos generales.

La Unión Europea cuenta, para el cumplimiento de sus fines, con toda una serie de instrumentos normativos que integran lo que se conoce como *Derecho Comunitario*, y que se compone de normas de *Derecho originario* (los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y sus

---

<sup>1625</sup> Al realizar una grabación sonora o videográfica de una interpretación, el productor deberá concluir un contrato con el artista y pagarle una remuneración.

<sup>1626</sup> Efectivamente, la Sección 38A.2 LDA india dispone que una vez el artista haya dado su consentimiento, mediante acuerdo escrito, para la incorporación de su interpretación en una película cinematográfica no podrá, en ausencia de disposición contractual en contra, oponerse al ejercicio de los derechos del artista en dicha película por parte del productor de la misma. Y añade que, sin perjuicio de dicha presunción y, en todo caso, el artista tiene derecho a percibir regalías por el uso comercial de sus interpretaciones.

<sup>1627</sup> Conforme a la Sección 205.1 CPI filipino, una vez el artista haya autorizado la radiodifusión o fijación de su interpretación, las disposiciones de la sección 203 [derechos exclusivos] no serán de aplicación, estableciendo, por su parte, la sección 206 CPI, que salvo que se haya acordado lo contrario en el contrato, por cada acto de comunicación al público o radiodifusión de la interpretación posterior a su primera comunicación o radiodifusión por parte del organismo de radiodifusión, el artista tendrá derecho a una remuneración adicional equivalente como mínimo al cinco por cien (5%) de la compensación original que él o ella hay recibido por la primera comunicación o radiodifusión.

<sup>1628</sup> Si bien la LPI vietnamita no contiene una disposición similar a las precitadas en las legislaciones india y filipina, en cuanto al efecto que tiene el consentimiento del artista para la fijación de su interpretación, sí dispone que el titular inicial de los derechos exclusivos es el productor de la obra audiovisual, así como que el usuario de tales derechos en grabaciones sonoras o audiovisuales publicadas con fines comerciales, que las destine a su radiodifusión con ánimo de lucro, deberá pagar a los artistas, entre otros, la remuneración pactada a tal efecto – art. 33.1 LPI.

<sup>1629</sup> Efectivamente, su art. 100 (3) dispone que en relación con el uso de una obra cinematográfica, y en cuanto al artista que haya acordado cooperar con el productor de dicha obra cinematográfica para su producción, se presumirá que el derecho de reproducción establecido en el artículo 69, el derecho de distribución establecido en el artículo 70, el derecho de radiodifusión establecido en el art. 73, y el derecho de transmisión interactiva establecido en el artículo 74 son cedidos al productor de dicha obra cinematográfica, salvo que se haya pactado lo contrario.

ampliaciones<sup>1630</sup>) y de *Derecho derivado* (las normas emanadas de las instituciones comunitarias, conforme a lo dispuesto en el Derecho originario).

Para garantizar su uniformidad y eficacia en todos los Estados miembros, el Derecho Comunitario es autónomo<sup>1631</sup> y unitario<sup>1632</sup>, y goza de efecto directo [o aplicabilidad inmediata – reconoce derechos e impone obligaciones directas tanto a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros, como a sus ciudadanos]<sup>1633</sup> y primacía<sup>1634</sup> sobre el Derecho interno de cada Estado miembro.

Centraremos el estudio que nos ocupa en el *Derecho derivado*, integrado por las normas adoptadas por las instituciones europeas conforme a los Tratados Constitutivos [a saber: los reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes –ex. art. 288 TFUE], y más concretamente en aquellas normas *relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior* (art. 114 TFUE), es decir, a las normas comunitarias de armonización.

No en vano, conforme al art. 3.3 TUE, uno de los objetivos de la UE es el establecimiento de un *mercado interior*, en el que las personas, los bienes, los servicios y los capitales pueden circular libremente, para lo que se antoja necesario eliminar cualquier obstáculo o traba –ya sea técnica, jurídica o burocrática– que impida o distorsione dicha libertad.

La eliminación de tales barreras pasa necesariamente por la adopción, a nivel comunitario, de las precitadas normas de armonización, teniendo en cuenta que, conforme al art. 4.2 TFUE, la UE y los Estados miembros comparten competencias en materia de mercado interior, por lo que la herramienta más adecuada para lograr tal fin son las Directivas, como método de legislación en

---

<sup>1630</sup> El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), de 1951; los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EUROATOM), de 1957; el Acta Única Europea (AUE), de 1986; el Tratado de la Unión Europea (o Tratado de Maastricht), de 1992; el Tratado de Ámsterdam, de 1997; el Tratado de Niza, de 2001; el Tratado de Lisboa, de 2007.

<sup>1631</sup> Así lo declaró el TJUE, en su Sentencia de 5 de febrero de 1963 (Asunto 26-62, NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos), indicando que “la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales” y que, en consecuencia, el Derecho Comunitario es “autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros”.

<sup>1632</sup> Efectivamente, el TJUE ha declarado en reiteradas ocasiones la unidad interpretativa del Derecho Comunitario. Así, por ejemplo, en su Sentencia de 27 de marzo de 1963 (Asunto C-28/62 – Da Costa en Schaake NV y otros), en la que el Tribunal recuerda que el art. 117 del Tratado Constitutivo de la CEE tiene por objetivo garantizar la unidad de interpretación del Derecho Comunitario en los Estados miembros.

<sup>1633</sup> Así, por ejemplo, en Da Costa (Sentencia del TJUE de 27 de marzo de 1963) y NV Algemene Transport (Sentencia del TJUE de 5 de febrero de 1963).

<sup>1634</sup> Característica que identifica el TJUE en su Sentencia de 15 de julio de 1964 (Asunto C-6/64 – Costa/ENEL), al confirmar que en caso de conflicto, el ordenamiento Comunitario, ya sea originario o derivado, prevalece sobre el derecho nacional.



dos etapas: la adopción de la Directiva por parte de las instituciones comunitarias, y su implementación a nivel nacional por cada Estado miembro, respetando, en la medida de lo posible (en tanto en cuanto no se atente contra las precitadas libertades), sus respectivas particularidades. En este sentido, las Directivas guardan cierto paralelismo con las leyes-marco, que han de ser completadas por los correspondientes decretos de aplicación.

Las Directivas son, en definitiva, normas que fijan los objetivos perseguidos por el legislador europeo (v.gr., la supresión de las precitadas barreras, mediante la aproximación legislativa en la materia), pero que dejan a los Estados miembros, en mayor o menor medida, la elección de los medios para alcanzar tales objetivos.

En este sentido, las posibles diferencias en la protección que ofrecen los Estados miembros a la propiedad intelectual [o a los *derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor*, en el vocabulario de las instituciones comunitarias] han sido tradicionalmente vistas por el legislador europeo como “fuente de obstáculos al comercio y de distorsiones de la competencia que impiden el buen funcionamiento del mercado interior”<sup>1635</sup>. A este respecto basta imaginar el efecto que podría tener sobre el mercado interior la coexistencia de distintos plazos de protección en el seno de la UE –situación ésta a la que se enfrentó el legislador europeo en 1993, concluyendo que la misma “*acarrea[ba] disparidades (...) que pueden [podían] obstaculizar la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios y falsear las condiciones de la competencia en el mercado común*” y, por tanto, concluyó que “*para el correcto funcionamiento del mercado interior es [era] necesario armonizar las legislaciones de los Estados miembros a fin de que el plazo de protección sea idéntico en toda la Comunidad*”<sup>1636</sup>.

De este modo, y a partir de 1992, las instituciones europeas abrieron un proceso armonizador en materia de propiedad intelectual, con el que se ha logrado una aproximación sustancial, pero no absoluta, de las legislaciones europeas en la materia.

### **3.2.- El proceso de armonización relativa.**

Cumple abordar este epígrafe dejando sentado y advertido que si bien la protección de las interpretaciones audiovisuales en el ámbito de la UE goza de un cierto grado de armonización,

---

<sup>1635</sup> Considerando primero de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

<sup>1636</sup> Considerando segundo de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

éste no es en modo alguno absoluto –y ello pese al esfuerzo armonizador llevado a cabo en esta materia por el legislador europeo, al menos desde 1992, tal y como indicábamos *ut supra*.

Ello es, a nuestro juicio, fruto de tres circunstancias, a saber: (a) las Directivas europeas, como hemos dicho, se limitan a fijar el objetivo perseguido, dejando en manos de los Estados miembros los medios concretos para la consecución de tal objetivo –lo cual puede llevar, como de hecho ocurre, a la adopción de medidas legislativas dispares en unos y otros Estados miembros; (b) determinadas Directivas europeas se han limitado a sentar un nivel mínimo de protección, reconociendo a los Estados miembros la facultad de incrementarlo<sup>1637</sup>; y (c) otras Directivas no resultan concluyentes en cuanto a las medidas legislativas que han de adoptar los Estados miembros<sup>1638</sup>.

A tales circunstancias es necesario añadir el hecho cierto de que los distintos Estados miembros implementan las Directivas comunitarias en sus respectivos ordenamientos intentando no alejarse demasiado de sus propias particularidades normativas, lo que da lugar a disparidades, quizás no en la sustancia del derecho, pero sí en su forma de ejercicio y efectividad –sin olvidar que no ha sido sino hasta fechas muy recientes que el legislador europeo se ha decidido a armonizar la gestión colectiva de tales derechos, mediante la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en el mercado interior.

Y, por último, es preciso advertir que los derechos morales no han sido objeto de armonización europea, seguramente porque el legislador comunitario ha estimado que la posible disparidad regulatoria en esta materia carece de impacto en el mercado interior –toda vez que al carecer de relevancia económica, los derechos morales no serían capaces de afectar la libre circulación de obras y prestaciones protegidas en el mercado interior. Ello es, a nuestro juicio, erróneo, toda vez

---

<sup>1637</sup> Es el caso, por ejemplo, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, cuyo penúltimo Considerando reconoce a los Estados miembros la posibilidad de *establecer a favor de los titulares de derechos afines a los derechos de autor una protección mayor que la prevista en el art. 8 de la presente Directiva*; o de la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, cuyo art. 6.1 dispone que *los Estados miembros podrán adoptar, para los titulares de los derechos afines a los derechos de autor, disposiciones de protección de alcance superior a las previstas en el artículo 8 de la Directiva 92/100/CEE*.

<sup>1638</sup> Así, por ejemplo, la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, cuyo art. 1.5 dispone que el director principal de una obra cinematográfica o audiovisual se considerará como su autor o uno de sus autores, facultando a renglón seguido a los Estados miembros para que puedan disponer el reconocimiento de otros coautores.

que si bien es cierto que el derecho moral carece en sí mismo de significación económica, su ejercicio, sin embargo, sí puede afectar a la explotación de la obra o prestación.

Sin pretender abrir ahora un debate en torno a la oportunidad de armonizar a nivel comunitario los derechos morales de los creadores, basta dejar sentado que si bien no han sido objeto de Directiva alguna, lo cierto es que tales derechos gozan en la UE de cierto grado de armonización, al menos por lo que a los derechos de paternidad e integridad del artista sobre sus interpretaciones audiovisuales respecta.

### **3.3.- Las Directivas comunitarias.**

Por lo que a las interpretaciones audiovisuales se refiere, la labor armonizadora en el ámbito de la UE se concreta en las siguientes Directivas y derechos sustantivos<sup>1639</sup>:

#### **3.3.1.- Directiva 92/100/CEE del Consejo.**

La Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, reconoce a los artistas los siguientes derechos sobre, entre otras, sus interpretaciones audiovisuales:

- Derecho exclusivo de autorizar o prohibir el alquiler o préstamo de las fijaciones de sus actuaciones<sup>1640</sup>. Derecho que conforme al art. 2.5 de la propia Directiva se presumirá cedido, salvo pacto en contrario, al productor de la fijación audiovisual<sup>1641</sup>.
- Derecho a una remuneración equitativa por el alquiler de la fijación audiovisual [*película*, en el texto de la Directiva] que incorpore su interpretación audiovisual. Así, conforme al art. 4

---

<sup>1639</sup> Centraremos el análisis en los derechos sustantivos reconocidos a los artistas sobre sus interpretaciones audiovisuales, dejando al margen, por exceder el objeto del presente estudio, otras disposiciones relativas a la duración, observancia y gestión colectiva de tales derechos.

<sup>1640</sup> Así, conforme al art. 1.1 de la Directiva, *los Estados miembros (...) reconocerán el derecho de autorizar o prohibir el alquiler y préstamo de originales y copias de obras protegidas por el derecho de autor y demás objetos mencionados en el apartado 1 del artículo 2*. Por su parte, el art. 2.1 de la misma Directiva establece que tal derecho exclusivo corresponde, entre otros, *al artista intérprete o ejecutante, respecto de las fijaciones de sus actuaciones*.

<sup>1641</sup> Efectivamente, dispone el art. 2.5 de la Directiva que *sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 7, cuando los artistas intérpretes o ejecutantes celebren individual o colectivamente con un productor de películas contratos relativos a la producción de películas, se presumirá que, salvo pacto en contrario en el contrato y salvo lo dispuesto en el artículo 4, han transferido sus derechos de alquiler* –cesión que se limita al derecho exclusivo de autorizar o prohibir, toda vez que la salvedad realizada al apartado 7 [de este mismo art. 2] y al art. 4 se refiere al derecho irrenunciable del artista a percibir una remuneración equitativa cuando se haya cedido al productor su derecho exclusivo.

de la Directiva<sup>1642</sup>, el artista conservará este derecho aún cuando *haya transferido o cedido a un productor (...) de películas su derecho [exclusivo] de alquiler (...) respecto de (...) un original o una copia de una película*. Este derecho será, además, irrenunciable, pudiendo los Estados miembros *establecer la obligatoriedad total o parcial de su gestión a través de las entidades de gestión colectiva*.

- Derecho exclusivo de autorizar o prohibir la fijación de sus actuaciones, ex. art. 6.1.
- Derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de las fijaciones de sus actuaciones (art. 7.1), derecho que *podrá transferirse, cederse o ser objeto de la concesión de licencias contractuales* (art. 7.2).
- Derecho exclusivo de autorizar o prohibir la emisión inalámbrica y la comunicación al público de sus actuaciones, *salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se haga a partir de una fijación* (art. 8.1).

Además, y siguiendo el modelo de Roma<sup>1643</sup>, el art. 8.2 de la Directiva establece la obligación de los usuarios de fonogramas publicados con fines comerciales, que se utilicen para la comunicación pública, de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de tales fonogramas<sup>1644</sup>. No dice nada, sin embargo, la Directiva, sobre la comunicación pública de fijaciones audiovisuales, es decir, no reconoce a los artistas un derecho [de remuneración] similar sobre sus interpretaciones audiovisuales –si bien es cierto que su penúltimo Considerando reconoce a los Estados miembros la posibilidad de *establecer a favor de los titulares de derechos afines a los*

---

<sup>1642</sup> Artículo 4.- Derecho irrenunciable a una remuneración equitativa.

1. Cuando un autor o un artista intérprete o ejecutante haya transferido o cedido a un productor de fonogramas o de películas su derecho de alquiler respecto de un fonograma o un original o una copia de una película, el autor o el artista intérprete o ejecutante conservará el derecho de obtener por el alquiler una remuneración equitativa.

2. El derecho a obtener una remuneración equitativa a cambio del alquiler por parte de los autores o artistas intérpretes o ejecutantes será irrenunciable.

3. La gestión del derecho a obtener una remuneración justa podrá encomendarse a entidades de gestión colectiva que representen a los autores o de los artistas intérpretes o ejecutantes.

4. Los Estados miembros podrán establecer la obligatoriedad total o parcial de la gestión a través de entidades de gestión colectiva del derecho de obtener una remuneración equitativa, así como la determinación de las personas de quienes se pueda exigir o recaudar tal remuneración.

<sup>1643</sup> En relación con lo que la Convención de Roma denomina *utilizaciones secundarias de los fonogramas*, su art. 12 establece que cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros (...).

<sup>1644</sup> Conforme al art. 8.2 de la Directiva de 1992, Los Estados miembros establecerán la obligación del usuario de un fonograma publicado con fines comerciales, o de una reproducción de dicho fonograma, que se utilice para la radiodifusión inalámbrica o para cualquier tipo de comunicación al público de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, entre los cuales se efectuará el reparto de la misma (...).

*derechos de autor una protección mayor que la prevista en el artículo 8 de la presente Directiva.*

La flexibilidad adoptada por el legislador europeo a este respecto es intencionada, y no en detrimento de la protección de las interpretaciones audiovisuales. Así, existen Estados miembros en los que los representantes colectivos [sindicatos o entidades de gestión] de los actores cuentan con un mayor poder de negociación, que les permite incluir en los contratos con el productor de la fijación audiovisual pactos para el pago de regalías por los distintos actos de explotación, incluida la comunicación pública –es el caso del Reino Unido y de Francia, por ejemplo. En otros Estados miembros, especialmente los nórdicos, funciona el sistema de las *licencias colectivas extendidas*, en cuya virtud las licencias de uso negociadas por los representantes colectivos de los titulares de derechos son aplicables a todos los titulares comprendidos en una misma categoría (v.gr., actores), sean miembros o no de la entidad que negocia y administra tales licencias. En otros países, como en España y Portugal, y al amparo del precitado Considerando, el legislador optó por reconocer a los artistas un derecho de remuneración por la radiodifusión y comunicación pública de sus interpretaciones audiovisuales.

La coexistencia pacífica de tales sistemas, que garantizan un grado similar de protección de las interpretaciones audiovisuales en el Mercado Interior, hizo innecesario llevar a cabo ningún esfuerzo armonizador a este respecto, más allá de los supuestos de distribución por cable de las interpretaciones audiovisuales.

Así lo declaró el representante de la Unión Europea (entonces Comunidad Europea), REINBOTHE, durante la Conferencia Diplomática del año 2000 sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, “en los Estados miembros de la Comunidad Europea el derecho de comunicación al público y de radiodifusión se otorga siguiendo distintas modalidades y no se ha dejado sentir la necesidad de armonizar dichas modalidades”<sup>1645</sup>.

- Derecho exclusivo de distribución, o *derecho exclusivo de poner a disposición del público, mediante venta y otros medios, dichos objetos* [la fijación de las interpretaciones], *incluidas las copias de los mismos* (art. 9.1 de la Directiva). Este derecho exclusivo se agota en la UE

---

<sup>1645</sup> Actas Resumidas de la Comisión Principal I, Conferencia Diplomática sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, Ginebra, 7 a 20 de diciembre de 2000, documento OMPI IAVP/DC/37. Intervención de REINBOTHE, J. (Comunidad Europea) en par. 133,

en caso de la primera venta en el territorio de la UE (art. 9.2) y podrá transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales (art. 9.4).

### 3.3.2.- Directiva 93/83/CEE del Consejo.

La Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable amplía o, si se prefiere, *matiza*, los derechos de los artistas sobre, entre otras, sus interpretaciones audiovisuales radiodifundidas vía satélite o distribuidas por cable.

- Así, y en relación con la comunicación al público vía satélite, dispone el art. 4.1 de esta Directiva que *los derechos de los intérpretes y ejecutantes (...) quedarán protegidos con arreglo a las disposiciones de los artículos 6, 7, 8 y 10 de la Directiva 92/100/CEE*, es decir, además de los derechos exclusivos de fijación y reproducción (arts. 6 y 7 de la Directiva de 1992), el artista gozará del derecho exclusivo de autorizar la radiodifusión y comunicación al público vía satélite de sus actuaciones, *salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se haga a partir de una fijación* (en relación con el precitado art. 8.1 de la Directiva de 1992 – cuyas consideraciones se dan por reproducidas en este apartado).

Además, y también en relación con la comunicación al público vía satélite, el art. 6.1 de esta Directiva dispone que *los Estados miembros podrán adoptar, para los titulares de los derechos afines a los derechos de autor, disposiciones de protección de alcance superior a las previstas en el artículo 8 de la Directiva 92/100/CEE*, trasladando así al texto articulado de la Directiva el contenido del precitado Considerando penúltimo de la Directiva de 1992.

- En relación con la distribución por cable, dispone el art. 8.1 de la Directiva que los Estados miembros velarán por que la distribución por cable en su territorio de programas de otros Estados miembros se realice respetando los derechos de autor y derechos afines aplicables, reconociendo así el derecho exclusivo del artista (entre otros titulares) a prohibir o autorizar dicho acto de explotación, y sometiendo a la gestión colectiva el ejercicio de tal derecho<sup>1646</sup>.

---

<sup>1646</sup> Así, conforme al art. 9.1 de la Directiva, *los Estados miembros garantizarán que el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor o de derechos afines de prohibir o autorizar la distribución por cable de una emisión sólo pueda ejercerse a través de una entidad de gestión colectiva*, definiendo éstas (art. 2.4) como *cualquier organización que gestione o administre los derechos de autor o derechos afines, como su única finalidad o como una de sus principales finalidades* (art. 2.4). A este respecto cumple advertir que esta definición queda superada por la prevista en el art. 3(a) de la Directiva 2014/26/UE del

### 3.3.3.- Directiva 2001/29/CEE del Parlamento y del Consejo.

Con la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, el legislador europeo pretendía evitar que el desarrollo legislativo en cada Estado miembro en relación con la aparición de nuevos modelos de negocio basados en el entorno digital (la *Sociedad de la Información*) provocara la *desarmonización* en materia de propiedad intelectual<sup>1647</sup>, así como *dar cumplimiento a algunas de las [entonces] nuevas obligaciones internacionales* –en referencia a la adopción, en 1996, de los denominados *Tratados Internet* de la OMPI: el Tratado de Derecho de Autor (WCT) y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)<sup>1648</sup>. En definitiva, esta Directiva vino a desarrollar los principios y normas contempladas en las Directivas precedentes en la materia<sup>1649</sup>, adaptándolos al nuevo entorno digital, a la *Sociedad de la Información*.

- Así, la Directiva de 2001 *matiza* el derecho exclusivo de reproducción inicialmente reconocido, entre otros, a los artistas en la precitada Directiva 92/100/CE. Así, se adopta una formulación más exhaustiva del mismo, concretando el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a *autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de las fijaciones de sus actuaciones* (art. 2). El ámbito de este derecho incluye, en definitiva, los

---

Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior, en cuya virtud se entenderá por entidad de gestión colectiva a *toda organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto, y que cumple al menos uno de los siguientes criterios: (i) ser propiedad o estar sometida al control de sus miembros, o (ii) carecer de ánimo de lucro.*

<sup>1647</sup> Así se desprende de los Considerandos 5 y 6 de la Directiva, conforme a los cuales *el desarrollo ha multiplicado y diversificado los vectores de creación, producción y explotación. Si bien la protección de la propiedad intelectual no requiere que se definan nuevos conceptos, las actuales normativas en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor deben adaptarse y completarse para responder adecuadamente a realidades económicas como las nuevas formas de explotación y sin una armonización a nivel comunitario, las actividades legislativas a nivel nacional, que se han emprendido ya en algunos Estados miembros para hacer frente a los desafíos tecnológicos, pueden crear diferencias significativas de protección y, por ende, restringir la libre circulación de los servicios o productos que incorporen obras protegidas o se basen en ellas, dando lugar a una nueva fragmentación del mercado interior y a incoherencias de orden legislativo.*

<sup>1648</sup> A tal efecto el Considerando 15 nos recuerda que *la Conferencia Diplomática celebrada en diciembre de 1996 bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) llevó a la adopción de dos nuevos Tratados, el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas [que] actualizan de forma significativa la protección internacional de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor, incluso en relación con la denominada «agenda digital» (...) La Comunidad y la mayoría de los Estados miembros han firmado ya dichos Tratados y se están tomando las oportunas disposiciones para la ratificación de los mismos por la Comunidad y los Estados miembros. La presente Directiva está destinada también a dar cumplimiento a algunas de las nuevas obligaciones internacionales.*

<sup>1649</sup> Conforme a su Considerando 20, la Directiva de 2001 *se basa en principios y normas ya establecidos por las Directivas vigentes en la materia, en particular, las Directivas 91/250/CEE, 92/100/CEE, 93/83/CEE, 93/98/CEE y 96/9/CE, y los desarrolla e integra en la perspectiva de la sociedad de la información. Las disposiciones de la presente Directiva deben entenderse sin perjuicio de las disposiciones de dichas Directivas, salvo disposición en contrario de la presente Directiva.*

actos de reproducción provisionales, transitorios o accesorios que forman parte integrante y esencial de los [entonces nuevos] procesos de transmisión digital – por ejemplo las copias que permanecen (provisionalmente) en la memoria RAM<sup>1650</sup> del dispositivo cuando accedemos a una fijación albergada en un servidor remoto. Actos de reproducción provisional que, en todo caso, y conforme al art. 5.1 de la propia Directiva<sup>1651</sup>, están exentos de este derecho exclusivo cuando, además de ser transitorios o accesorios, formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o una utilización lícita de una obra o interpretación protegida, y no tengan por sí mismos una significación económica independiente.

- También en relación con el derecho de reproducción la Directiva de 2001 ofrece a los Estados miembros *la posibilidad de establecer determinadas excepciones o limitaciones en casos tales como aquéllos en que se persiga una finalidad educativa o científica, en beneficio de organismos públicos, tales como bibliotecas y archivos, con fines de información periodística, para citas, para uso por personas minusválidas, para usos relacionados con la seguridad pública y para uso en procedimientos administrativos y judiciales* (Considerando 34). Límites y excepciones que se concretan en los apartados 2 y 3 del art. 5 de la Directiva, y que *únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho*, ex. art. 5.5, que de esta manera incorpora la denominada *regla de los tres pasos* prevista inicialmente en el art. 9.2 del Convenio de Berna en relación con el derecho de reproducción, que no encontramos en la Convención de Roma, pero sí en el WPPT y en el Tratado de Beijing (arts. 16.2 y 13.2, respectivamente).
- En relación con las excepciones o limitaciones al derecho exclusivo de reproducción permitidas por la Directiva de 2001 cabe destacar la prevista en su art. 5.2 (b), a saber: *las reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y*

---

<sup>1650</sup> Memoria de acceso aleatorio (o RAM, por sus siglas inglesas).

<sup>1651</sup> En línea con el Considerando 33 de la misma Directiva, en cuya virtud *conviene establecer una excepción al derecho exclusivo de reproducción para permitir determinados actos de reproducción provisionales, que sean reproducciones transitorias o accesorias, que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico desarrollado con la única finalidad de permitir una transmisión eficaz en una red entre terceras partes, a través de un intermediario, o bien la utilización lícita de una obra o prestación. Tales actos de reproducción deben carecer en sí de valor económico. En la medida en que cumplan estas condiciones, la excepción mencionada debe cubrir asimismo los actos que permitan hojear o crear ficheros de almacenamiento provisional, incluidos los que permitan el funcionamiento eficaz de los sistemas de transmisión, siempre y cuando el intermediario no modifique la información y no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información. La utilización se considerará lícita en caso de que la autorice el titular del derecho o de que no se encuentre restringida por la ley.*



*sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa*<sup>1652</sup>.

A este respecto nótese, en primer lugar, que ni este límite ni su compensación fueron *invención* del legislador comunitario. Más bien al contrario, lo que persigue la Directiva con esta disposición es armonizar *los sistemas de retribución* [preexistentes a la Directiva en la mayor parte de los Estados miembros] *para compensar a los titulares de los derechos por los perjuicios sufridos* [por la copia privada] (Considerando 38 de la Directiva). Efectivamente, esta fórmula legislativa ya había sido adoptada por la gran mayoría de países europeos con anterioridad a la Directiva de 2001, como respuesta al aumento de las copias realizadas para uso privado y la imposibilidad material de controlarlas [autorizarlas o prohibirlas] por parte de los respectivos titulares del derecho exclusivo de reproducción.

En segundo lugar es necesario advertir que los Estados miembros que opten por introducir dicha excepción o límite están obligados en todo caso a garantizar una compensación equitativa a los titulares del derecho exclusivo de reproducción objeto de excepción o límite (*siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa*).

Establecida en tales términos la obligación de garantizar que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa por la copia privada, no dice la Directiva, sin embargo, qué medidas específicas deben adoptar los Estados miembros a tal fin<sup>1653</sup>.

Ello no significa, sin embargo y conforme tiene dicho el TJUE<sup>1654</sup>, que los Estados miembros disfruten de una libertad absoluta a la hora de regular o precisar los parámetros y

---

<sup>1652</sup> En sintonía con el Considerando 38 de la misma Directiva, en cuya virtud *debe facultarse a los Estados miembros para que establezcan una excepción o limitación al derecho de reproducción en relación con determinados tipos de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado, mediante una compensación equitativa (...)*.

<sup>1653</sup> En este sentido, el art. 288.3 TFUE (antiguo art. 249 CE) es meridianamente claro: *La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios*. Se trata, en definitiva, de una obligación de resultado.

<sup>1654</sup> Con respecto al tenor de la obligación de resultado impuesta a los Estados miembros se ha pronunciado el TJUE en diferentes ocasiones. Así, por ejemplo, la Sentencia de 24 de octubre de 1996, asunto C-72/95 (Kraaijeveld y otros), en cuyo apartado 55 el Tribunal de Justicia recuerda “que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva es una obligación imperativa impuesta por el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado CE y por la propia Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de febrero de 1977, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*, 51/76, Rec. p. 113, apartado 22, y de 26 de febrero de 1986, *Marshall*, 152/84, Rec. p. 723, apartado 48). Esta obligación de adoptar todas las medidas generales o particulares se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, C-106/89, Rec. p. 1-4135, apartado 8)”.

Esta línea se ha seguido manteniendo de forma ininterrumpida por el TJUE, y así nos encontramos, por ejemplo, con el apartado 65 de la Sentencia de 07 de septiembre de 2004, dictada en el asunto C-127/02 (*Waddenvereniging*), que vuelve a recordar “que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva es una obligación imperativa impuesta por el artículo 249 CE párrafo tercero, y por la propia Directiva. Esta obligación de adoptar todas las medidas generales o particulares se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión,

mecanismos para dar cumplimiento a su obligación – en nuestro caso, a la prevista en el art. 5.2 (b) de la Directiva 2001/29/CE. Todo lo contrario, la jurisprudencia del TJUE<sup>1655</sup> ha venido a perfilar esta obligación o, si se prefiere, sus elementos, a saber, y tal y como se ha dicho en el epígrafe correspondiente<sup>1656</sup>: (i) corresponde compensar el perjuicio a quien lo causa, es decir a la persona natural que disfruta efectivamente del límite; y (ii) se excluyen de las reproducciones que deben computarse para calcular el perjuicio causado por el ejercicio del límite las efectuadas mediante aparatos, equipos o soportes materiales que hayan sido adquiridos por profesionales o personas jurídicas, o que no se hayan puesto a disposición del público, o que manifiestamente no se destinen a la reproducción para uso privado<sup>1657</sup>.

- La Directiva de 2001, además, reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes, entre otros, el derecho exclusivo de puesta a disposición del público de las fijaciones de sus actuaciones (art. 3.2), como una forma específica de comunicación pública que permite a cualquier persona acceder a obra o fijación *desde el lugar y en el momento que elija*. Este derecho, que constituye la principal novedad que aporta la Directiva de 2001 al acervo legislativo comunitario, tampoco fue un invento del legislador europeo, toda vez que el mismo, como tal, ya aparecía regulado tanto en el WCT como en el WPPT<sup>1658</sup>.

---

en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales (véase la Sentencia de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C-72/95, Rec. p. I-5403, apartado 55”.

En idéntico sentido, pero en una sentencia referida precisamente a la compensación por copia privada (asunto C-521/11, Amazon), el TJUE recuerda que “en caso de que una directiva no proporcione criterios del Derecho de la Unión suficientemente precisos para delimitar las obligaciones que establece, corresponde a los Estados miembros determinar, en su territorio, los criterios más pertinentes para garantizar su observancia, dentro de los límites impuestos por el Derecho de la Unión y, en particular, por dicha directiva [véase, en relación con la excepción al derecho exclusivo de préstamo público al que se refiere la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DO L 346, p. 61), la Sentencia de 26 de octubre de 2006, Comisión/España, C-36/05, Rec. p. I-10313, apartado 33 y jurisprudencia citada]” (apartado 21).

<sup>1655</sup> Sentencias de 21 de octubre de 2010 (Padawan, asunto C-467/08), de 16 de junio de 2011 (Stichting de ThuisKopie, asunto C-462/09), de 27 de junio de 2013 (asuntos acumulados C-457/11 a C-460/11, VG Wort), y de 11 de julio de 2013 (Amazon, asunto C-521/11).

<sup>1656</sup> Vid. epígrafe 7.1.2 del Capítulo IV.

<sup>1657</sup> A este respecto es preciso advertir que en estos momentos (septiembre de 2015) se encuentra en trámite ante el TJUE una cuestión prejudicial remitida a este respecto por el Tribunal Supremo español. Se trata del asunto Prejudicial C-470/14 (EGEDA e.a.), en relación con el recurso contencioso-administrativo presentado por las entidades de gestión españolas ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto-Ley 20/2011, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, por entender que sus disposiciones en materia de copia privada son contrarias al Derecho Comunitario, más concretamente al art. 5.2(b) de la Directiva de 2001 y a la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta.

<sup>1658</sup> En todo caso, de la descripción ofrecida en el art. 3.2 de la Directiva podemos extraer los elementos esenciales de este acto de explotación.

Así, en primer lugar, y esta es la principal diferencia de la Directiva con el WCT y el WPPT, el art. 3.2 de la Directiva regula este derecho como una forma especial de comunicación pública – mientras que el WCT y el WPPT optan por desvincularlo de cualquier otra forma de explotación, dejando así un amplio margen a las Partes contratantes, que podrán implementarlo en sus respectivos ordenamientos.

En segundo lugar, la puesta a disposición supone, en todo caso, la transmisión [alámbrica o inalámbrica] de la obra o de la interpretación, es decir, no implica la distribución de ejemplares físicos [ya sean el original o copias].

El tercer elemento viene dado por la neutralidad tecnológica de la puesta a disposición, que puede llevarse a cabo por medios alámbricos (v.gr., hilo, cable, fibra óptica, etc.) o inalámbricos (v.gr., ondas electromagnéticas, rayos ópticos guiados, etc.), y mediante el uso de cualquier tecnología, analógica o digital.

Y, por último, el cuarto elemento, quizás el más determinante, viene dado por el carácter interactivo del acto en cuestión. Efectivamente, la puesta a disposición se refiere exclusivamente a los supuestos en que los miembros del público tienen acceso a

- Por último, la Directiva de 2001, en línea con el WCT (arts. 11 y 12) y el WPPT (arts. 18 y 19), contempla asimismo la necesaria protección de las medidas tecnológicas y la información para la gestión de derechos en sus arts. 6 y 7, cuyo análisis excede el objeto del presente epígrafe.

### 3.3.4.- Otras Directivas.

Tal y como hemos anticipado *ut supra*, las precitadas Directivas de 1992, 1993 y 2001 constituyen el marco básico legislativo a nivel comunitario en relación con los derechos *sustantivos* reconocidos a los artistas sobre sus interpretaciones audiovisuales<sup>1659</sup>.

---

la interpretación o ejecución desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija, es decir, se basa en la interactividad y en el acceso previa solicitud, lo cual marca su diferencia fundamental con la comunicación al público.

Sentado cuanto antecede, y habida cuenta que el derecho de puesta a disposición puede ser *transmitido o cedido, o ser objeto de licencias contractuales* (Considerando 30 de la Directiva), es un hecho contrastado que los artistas europeos, con alguna salvedad, no se han beneficiado en la práctica de este *nuevo* derecho.

Así, en el ámbito de la producción audiovisual resulta evidente que determinados elementos fácticos (*v.gr.*, la necesidad de consolidar todos los derechos exclusivos en el productor, junto con su fuerza negociadora frente al artista) determinan que este derecho exclusivo, inicialmente reconocido al artista, sea objeto de cesión, presuntiva o expresamente, al productor de la fijación audiovisual –generalmente, y de nuevo salvo alguna excepción, sin una remuneración equitativa a favor del artista. En otras palabras, el artista se ve desposeído de su derecho y, con ello, de la protección que idealmente le otorga la norma.

Las excepciones a esta situación pueden ser de orden legislativo (como es el caso de España – donde el artista tiene reconocido un derecho irrenunciable de remuneración por la puesta a disposición de sus interpretaciones audiovisuales cuando haya cedido su derecho exclusivo al productor, *ex. art.* 108.3 TRLPI), o contractual (en aquéllos casos en los que el artista, ya sea individualmente o a través de su representante colectivo, logra pactar una contraprestación equitativa por la cesión de su derecho exclusivo –como es el caso del Reino Unido).

Siendo *a priori* ambas soluciones igualmente válidas, resulta que, con las contadas excepciones del Reino Unido, países escandinavos y Francia, los sindicatos europeos de actores no tienen una especial fuerza negociadora, por lo que la opción preferida para garantizar al artista el disfrute de su derecho de puesta a disposición ha de ser la de introducir a nivel comunitario, y de manera similar a la prevista en el art. 4 de la precitada Directiva 92/100/CEE en relación con el derecho de alquiler, un derecho irrenunciable de remuneración a favor de los artistas por la puesta a disposición de sus interpretaciones audiovisuales.

Esta solución no sólo ha sido la adoptada por el legislador español (*ex. art.* 108.3 TRLPI), sino que el propio Parlamento Europeo, en su Resolución de 11 de septiembre de 2012, sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la UE [2011/2313(INI)], recuerda que, “a efectos de la explotación comercial, los derechos se transfieren al productor audiovisual, que se basa en la centralización de los derechos exclusivos, concedidos de conformidad con la legislación sobre derechos de autor, para organizar la financiación, la producción y la distribución de las obras audiovisuales” (pár. 26), y que “aunque este derecho [de puesta a disposición] está reconocido en toda Europa desde 2001, sigue sin haber una remuneración adecuada para las obras disponibles en línea” (pár. 44). Concluye el Parlamento a este respecto considerando “que es esencial garantizar a los autores y artistas una remuneración justa y proporcional a todas las formas de explotación de sus obras, sobre todo de explotación en línea” (pár. 46) pidiendo “el reequilibrio de la posición de negociación de autores y artistas frente a productores, mediante la concesión a los primeros de un derecho irrenunciable a una remuneración por todas las formas de explotación de sus obras, incluida la continua remuneración por transferir su derecho exclusivo de puesta a disposición a un productor” (pár. 48).

A este respecto cumple advertir que previamente la Comisión Europea, en su Libro Verde sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la UE, de 13 de julio de 2011, ya apuntaba esta posible solución: “Al igual que en el caso de los autores de obras audiovisuales, en la mayoría de los países de la UE los derechos económicos exclusivos de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, incluido el derecho de *puesta a disposición* para el uso interactivo en línea, habitualmente se transfieren por adelantado al productor, según las obligaciones legales o contractuales, a cambio de una suma a tanto alzado. Sólo algunos Estados miembros, como España, proporcionan una remuneración equitativa a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales, a fin de garantizar que reciban una parte proporcional de las ganancias por la explotación de sus interpretaciones o ejecuciones artísticas. Podría argumentarse que los artistas intérpretes o ejecutantes también deberían aspirar, de forma armonizada, al derecho irrenunciable a una remuneración de la que podrían beneficiarse incluso después de haber transferido su derecho exclusivo de *puesta a disposición*. Este derecho también podría ser recaudado obligatoriamente por las entidades de gestión colectiva. También en este caso deben considerarse otros medios para garantizar que los artistas intérpretes o ejecutantes puedan negociar a título individual o colectivo una remuneración adecuada” (*Libro Verde sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital*, COM(2011) 427 final, de 13 de julio de 2011, pág. 18).

<sup>1659</sup> Otras Directivas europeas adoptadas en materia de propiedad intelectual, pero no estrictamente vinculadas al objeto del presente trabajo son, entre otras, la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de

Además de las anteriores, existen otras Directivas que regulan otros aspectos [duración, observancia y gestión] de la protección, entre otras cuestiones, de las interpretaciones audiovisuales a nivel comunitario:

- **Directiva 93/98/CEE del Consejo.**

La Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, codificada (tras sucesivas modificaciones) en la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (versión codificada), persigue la armonización de los plazos de protección en los distintos Estados miembros. Así, y por lo que a las interpretaciones o ejecuciones se refiere, establece su art. 3.1 que *los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes expirarán cincuenta años después de la fecha de la representación o de la ejecución, no obstante lo cual, si se publica lícitamente o se comunica lícitamente al público, dentro de dicho período, una grabación de la representación o ejecución, los derechos expirarán cincuenta años después de la fecha de dicha primera publicación o de dicha primera comunicación al público, cualquiera que sea la primera de ellas.*

En este apartado cumple advertir igualmente de la adopción de la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, si bien limita sus efectos a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma (ampliando su plazo de protección a los setenta años)<sup>1660</sup>.

---

programas de ordenador; la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos; la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original; y la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

<sup>1660</sup> Y ello pese a que su motivación resulta igualmente aplicable al resto de artistas, es decir, aquéllos que fijan sus interpretaciones en una fijación audiovisual. Efectivamente, el Considerando 4 de esta nueva Directiva destaca *la importancia que socialmente se atribuye a la contribución creativa de los artistas intérpretes o ejecutantes*, y afirma que *esta debe reflejarse en un nivel de protección que reconozca esa contribución creativa y artística*. Entendemos que ello debería ser con independencia del soporte o medio que incorpore la interpretación o ejecución, salvo que el legislador estime que dicha contribución será más o menos *creativa* en función de si queda fijada en un fonograma o en una grabación audiovisual. Por su parte, el Considerando 5 nos dice que *los artistas intérpretes o ejecutantes comienzan, en general, su carrera profesional jóvenes, y el actual plazo de cincuenta años de protección aplicable a la grabación de las interpretaciones o ejecuciones a menudo no protege tales interpretaciones o ejecuciones durante todo el periodo de vida del artista. Esto hace que, al final de sus vidas, algunos artistas intérpretes o ejecutantes se enfrenten a una pérdida de ingresos. Además, con frecuencia, los artistas intérpretes o ejecutantes no pueden valerse del derecho a impedir o restringir un uso impropio de sus interpretaciones o ejecuciones que pueda producirse a lo largo de su vida*. De nuevo, nos preguntamos qué parte de este Considerando no refleja la realidad de aquellos artistas que fijan sus interpretaciones en una grabación audiovisual –quizás el legislador europeo entendía que o bien comenzaban a trabajar más tarde en sus vidas, o que éstas duraban menos.

- **Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.**

Si los derechos sustantivos previstos en las Directivas anteriormente expuestas (especialmente las de 1992, 1993 y 2001) constituyen uno de los tres pilares básicos del sistema de propiedad intelectual comunitario, el segundo de tales pilares viene dado por la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (la *Directiva Antipiratería*), que regula determinadas medidas, procedimientos y recursos para la observancia y tutela de los derechos de propiedad intelectual frente a posibles infracciones. Así define su objeto el art. 1, conforme al cual *la presente Directiva se refiere a las medidas, procedimientos y recursos necesarios para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, que se aplicarán (...) a todas las infracciones*

---

Resultando entonces incomprensible la solución finalmente adoptada por el legislador europeo, ampliamente criticada por las principales organizaciones europeas de artistas –entre otras, la Asociación de Organizaciones Europeas de Artistas (AEPO-ARTIS) y la Federación Internacional de Actores (FIA), así como las entidades de gestión colectiva de los actores en España (AISGE), Reino Unido (BECS) y Francia (ADAMI) y por destacados miembros del Parlamento Europeo.

Así, y tal y como consta en el primer borrador de informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea [procedimiento 2008/0157(COD), de 22 de octubre de 2010], “la discriminación entre los artistas musicales es totalmente inaceptable puesto que la Directiva 93/98/CEE, cuya versión codificada es la Directiva 2006/116/CE, no establece discriminación alguna entre artistas, de tal manera que establecer distintos regímenes para la misma categoría de titulares supondría un trato discriminatorio conforme a la legislación europea y en contra del trato nacional. Más aún, no hay razón alguna para dicha discriminación” (pág. 7).

En idéntico sentido, destacados integrantes del dicha Comisión propusieron varias enmiendas [procedimiento 2008/0157(COD), de 9 de diciembre de 2008] defendiendo que “la UE debe continuar otorgando a los productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales el mismo plazo de protección a sus derechos. No hay razón política, cultural o económica para que la UE proteja las grabaciones sonoras por más tiempo que las grabaciones audiovisuales. No está justificado que las grabaciones audiovisuales vayan a estar protegidas en la UE únicamente 50 años y las grabaciones sonoras 95 años” (enmiendas 4 y 5, propuestas por LÉVAI, K.); o que “La contribución creativa de todos los artistas debería estar reconocida y reflejada en la modificación de la Directiva [2006/116/CE]. Para lograr este objetivo, el ámbito de la propuesta debería extenderse para que los artistas audiovisuales también puedan beneficiarse de la ampliación del plazo de protección; así pues, la distinción entre la fijación de la interpretación en un fonograma o en cualquier otro medio ha de ser eliminada” (enmiendas 7 y 8, propuestas por TOUBON, J. y WEBER, R., respectivamente).

También en las Opiniones de las Comisiones de Mercado Interior y Protección del Consumidor y de Industria, Investigación y Energía, de 12 y 16 de diciembre de 2008, respectivamente, reflejadas en el Informe (final) de la Comisión de Asuntos Jurídicos [Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, documento A6-0070/2009, de 18 de febrero de 2009], “la contribución creativa de todos los artistas intérpretes o ejecutantes debe ser reconocida y reflejada en la modificación de la Directiva. Para lograr este objetivo, debe ampliarse el alcance de la propuesta a fin de que los artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales puedan también beneficiarse de la ampliación del plazo de protección; se propone, por lo tanto, la supresión de la distinción entre la fijación de la interpretación o ejecución en un fonograma o en otro formato”. Menos tajante se mostró a este respecto la Comisión de Cultura y Educación, en cuya Opinión a la Comisión de Asuntos Jurídicos (de 10 de diciembre de 2008) podemos leer: “en principio, la contribución creativa de todos los artistas intérpretes o ejecutantes debería ser reconocida y quedar reflejada en la Directiva. No obstante, dado que la Comisión Europea no ha llevado a cabo una evaluación del impacto sobre las consecuencias de la posible ampliación del plazo de protección para los artistas intérpretes o ejecutantes en otros sectores, dicha ampliación no es razonable en esta fase. Por lo tanto, se insta en consecuencia a la Comisión a llevar a cabo una evaluación del impacto en lo concerniente al sector audiovisual”.

Quizás fruto de tales críticas, el texto finalmente adoptado incluye una disposición (art. 3.2) del siguiente tenor: *A más tardar el 1 de enero de 2012, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe de evaluación de la posible necesidad de ampliar el plazo de protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores pertenecientes al sector audiovisual. Si procede, la Comisión presentará una propuesta para una nueva modificación de la Directiva 2006/116/CE.*

Al día de la fecha (septiembre de 2015) la Comisión no ha presentado informe de evaluación alguno, incumpliendo así el precitado mandato. De esta manera, y por lo que al objeto del presente estudio se refiere, la duración de los derechos del artista sobre sus interpretaciones audiovisuales continúa limitada en el ámbito de la UE a los cincuenta años previstos en el precitado art. 3.1 de la Directiva de 2006.

de los derechos de propiedad intelectual tal y como estén previstos en el Derecho comunitario o en el Derecho nacional del Estado miembro de que se trate (art. 2.1)<sup>1661</sup>.

- **Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.**

Con la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en el mercado interior, se persigue armonizar a nivel comunitario el tercero de los pilares sobre los que descansa el sistema de protección de la propiedad intelectual: la gestión colectiva. Aspecto éste que únicamente había sido objeto de regulación *blanda* (*soft law*) a nivel comunitario, básicamente a través de la Recomendación 2005/737/CE de la Comisión, de 18 de mayo de 2005, relativa a la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea (que incluye medidas, a escala comunitaria, relativas a la concesión de licencias de derechos de autor para los servicios legales de obras musicales en línea), y de sentencias, decisiones y demás resoluciones del TJUE y de la Comisión Europea en diversos asuntos, muy especialmente en materia de defensa de la competencia (de manera destacada la denominada *Decisión CISAC* – Decisión de la Comisión Europea, de 16 de julio de 2009, Asunto COMP/C2/38.698)<sup>1662</sup>.

---

<sup>1661</sup> De las medidas, procedimientos y recursos contemplados en esta Directiva se puede deducir que los derechos objeto de tutela son los exclusivos de autorizar o prohibir, no en vano la norma se refiere esencialmente a la realización de actos de explotación no autorizados – producción, fabricación o distribución de mercancías sospechosas de infringir un derecho de propiedad intelectual.

Frente a tales actos, la Directiva prevé medidas que van desde las meramente provisionales o cautelares (mandamientos judiciales destinados a prevenir cualquier infracción inminente de un derecho de propiedad intelectual y a prohibir, con carácter provisional, la continuación de las infracciones alegadas (art. 9), hasta las coercitivas (los Estados miembros garantizarán que las autoridades judiciales competentes puedan ordenar, a petición del solicitante, que se tomen las medidas adecuadas respecto de las mercancías que dichas autoridades hayan descubierto que infringen un derecho de propiedad intelectual y, cuando proceda, respecto de los materiales e instrumentos que hayan servido principalmente a la creación o fabricación de las mercancías en cuestión (art. 10.1), así como medidas provisionales rápidas y eficaces para proteger pruebas pertinentes con respecto a la supuesta infracción [que] podrán incluir la descripción detallada, con o sin toma de muestras, o la incautación efectiva de las mercancías litigiosas y, en los casos en que proceda, de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de dichas mercancías y de los documentos relacionados con las mismas (art. 7.1). También prevé la Directiva que las autoridades judiciales competentes puedan ordenar que faciliten datos sobre el origen y las redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual el infractor (art. 8 – derecho de información).

Esta Directiva o, con mayor precisión, las normas que la implementan en los distintos Estados miembros, dota a los titulares de los derechos exclusivos de medios y recursos para combatir cualesquiera infracciones de los mismos. Como quiera que en el sector audiovisual tales derechos, ya sean los del autor o los del artista intérprete, son cedidos casi sin excepción (ya sea presuntiva o contractualmente, en los términos ya expuestos) al productor, tales medidas y recursos tienen un impacto muy limitado en la esfera de las interpretaciones audiovisuales, de tal suerte que su análisis excedería el objeto del presente trabajo.

<sup>1662</sup> Efectivamente, en los últimos años la Comisión Europea ha venido identificando la propiedad intelectual como uno de los ámbitos en los que se requiere un plan de actuación a nivel europeo. Así, en el marco de la *Agenda Digital para Europa* [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – COM(2010)245] y de la estrategia *Europa 2020* [Comunicación de la Comisión – *Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM(2010)2020], la Comisión Europea tiene declarado que en la era de Internet la gestión colectiva debe evolucionar hacia modelos transnacionales para la concesión de licencias que cubran los territorios de varios Estados miembros de la UE.

En definitiva, lo que pretenden las instituciones europeas con esta norma es elevar a *rango* de Directiva las anteriores disposiciones de regulación *blanda*, a las que añade otras complementarias, persiguiendo con todo ello el doble objetivo anteriormente indicado, que pasa necesariamente por armonizar la gestión colectiva a nivel comunitario.

La armonización que el legislador europeo persigue con esta norma, en definitiva, descansa sobre la base de dos objetivos, a saber: (i) fomentar una mayor transparencia y una mejor gobernanza de las entidades de gestión, mediante el reforzamiento de sus obligaciones de información y el control de sus actividades por parte de los titulares de derechos; y (ii) alentar y facilitar la concesión de licencias multiterritoriales y multirepertorio de derechos de autor e obras musicales para su utilización en línea en el territorio de la UE y EEE (Espacio Económico Europeo).

## 4.- LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

### 4.1.- Contextualización.

El punto de partida en relación con la protección internacional de las interpretaciones lo constituye la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, de 1961, a la que se llegó, como afirma MASOUYÉ<sup>1663</sup>, “con el convencimiento de que era necesario instituir esa protección [a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes] debido a la evolución de las

---

A tal fin, la Directiva se divide en tres grandes bloques. El primero de ellos dedicado a la gestión colectiva *stricto sensu*, con el que se pretende *establecer los requisitos necesarios para garantizar el correcto funcionamiento de la gestión de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor por las entidades de gestión colectiva* (art. 1). Este bloque, regulado íntegramente en el Título II, es *de aplicación a todas las entidades de gestión establecidas en la Unión* (art. 2.1).

El segundo de ellos regula los requisitos para la concesión, por las entidades de gestión colectiva, de licencias multiterritoriales para la explotación en línea de obras musicales (art. 1), de aplicación estricta a las entidades de gestión que administren derechos de autor en obras musicales (art. 2.2).

Y el tercero de los bloques aborda las medidas coercitivas para garantizar la observancia y respeto de las obligaciones previstas en la Directiva – de manera muy particular en relación con la transparencia y gobernanza de las entidades de gestión. Conforme al art. 2.1, este Título (IV) también resultaría de aplicación a todas las entidades de gestión establecidas en la UE.

Por lo que respecta al primero de tales bloques, son cinco los aspectos de la gestión colectiva que contempla esta Directiva, a saber: (i) la organización o gobernanza de las entidades de gestión colectiva y su relación con los titulares de los derechos administrados – a los que reconoce toda una serie de derechos (participación en los procesos de toma de decisiones, libertad de elección de entidad, etc.); (ii) la gestión de los ingresos [de las cantidades recaudadas] – que incluye obligaciones relativas al reparto de los derechos; (iii) la gestión de derechos en nombre de otras entidades de gestión [a través de los denominados *convenios de reciprocidad*]; (iv) las relaciones de las entidades de gestión con los usuarios de sus respectivos repertorios, incluidas las condiciones en las que aquéllas deberán negociar, fijar tarifas y conceder licencias de uso; y (v) medidas específicas de transparencia que han de adoptar todas las entidades de gestión, ya sea frente a sus miembros, frente al resto de titulares de derechos representados, frente a los usuarios, o frente al público en general – medidas que incluyen la puesta a disposición de información relativa a la gestión en la página Web de cada entidad, o la publicación de una *memoria anual de transparencia*, que deberá reflejar, conforme al Anexo a la Directiva: los estados financieros, incluyendo el balance de activos y pasivos, así como las cuentas de ingresos y gastos para ese ejercicio fiscal, y el estado de la tesorería; la Memoria o informe de actividades del ejercicio fiscal; información sobre las negativas a conceder una licencia; descripción de la estructura jurídica y administrativa de la entidad; información sobre las organizaciones participadas por la entidad (de las que ésta tenga acciones o participaciones); información de la cantidad total pagada a los directores durante el ejercicio precedente, así como de los beneficios de que disfrutaban; informe sobre el destino de las cantidades deducidas para sufragar servicios sociales, culturales y educativos; e información sobre ingresos por recaudación, especificando categoría de derechos y tipo de usos.

<sup>1663</sup> MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma*, *óp. cit.*, pág. 7.

circunstancias y, ante todo, a la aparición de técnicas nuevas de transmisión de las obras del ingenio: el disco fonográfico, el cinematógrafo, la radio: inventos que los artistas habían acogido sin desconfianza, pues abrían amplias salidas a sus prestaciones; pero que (...) estaban destinados a cambiar por completo las condiciones del ejercicio de sus actividades profesionales”.

No en vano, y como señala el mismo autor, los derechos de los artistas – aunque también los del autor – tienen su origen en la evolución técnica: “hasta finales del siglo pasado [S.XIX], en efecto, las prestaciones de los artistas (actores representantes de una obra teatral, cantantes de ópera o de música ligera, instrumentistas ejecutantes de partituras musicales, artistas de variedades o de circo realizadores de sus números respectivos) se caracterizaban por ser efímeras: es decir, que desaparecían inmediatamente después de haber sido percibidas visualmente por los espectadores, o auditivamente por los oyentes. Una vez terminado el espectáculo o el concierto, no quedaba de él sino la impresión o la sensación, grabada más o menos profundamente en la memoria del público (...). Los inventos de la fonografía, del cinematógrafo y de la radiofonía, seguidos de su progresiva divulgación a partir del siglo XX, iban a producir una revolución radical en los medios de que disponían los autores para comunicar al público sus obras. Pero, dado que tales procedimientos de comunicación, que iban perfeccionándose más y más cada día, descansaban precisamente sobre prestaciones de artistas intérpretes o ejecutantes, eran en definitiva estos últimos quienes resultaban más afectados por los progresos de la técnica de la transmisión de sonidos e imágenes”<sup>1664</sup>.

En idéntico sentido, NOBLE<sup>1665</sup>, en su ponencia ante el Congreso de la Nación argentina para la adopción de la Ley de Propiedad Intelectual de 1933, ya había dicho que “no sólo el escritor, el periodista, el poeta, el músico, sino también los intérpretes, en sus versiones perpetuadas por los modernos sistemas que trajo el progreso son víctimas de actos de pillaje y despojo”.

Esta realidad ya había provocado que la Unión de Oficinas Internacionales para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI, por sus siglas en francés)<sup>1666</sup>, propusiera durante la Conferencia Diplomática de Roma de 1928 para la revisión del Convenio de Berna la inclusión de un nuevo párrafo en el art. 11 bis reconociendo a los artistas de las obras literarias o artísticas el derecho

---

<sup>1664</sup> MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Rom*, *óp. cit.*, pág. 10.

<sup>1665</sup> NOBLE, R.J., Diputado por el Partido Socialista Independiente (PSI) de Argentina, encargado de redactar y defender el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual que en 1933 aprobó el Congreso de aquella nación como Ley núm. 11.723.

<sup>1666</sup> Antecesora de la actual OMPI, la BIRPI se crea en 1893 mediante la fusión de la Unión de París y la Unión de Berna, creadas por los convenios de París de 1883 y de Berna de 1886 para la protección de la propiedad industrial, el primero, y de las obras literarias y artísticas, el segundo. La OMPI se constituye, como sucesora de la BIRPI, por la Convención de Estocolmo de 1967.



exclusivo de autorizar la radiodifusión de sus interpretaciones o ejecuciones por cualquiera de los medios mencionados en el párrafo anterior en relación con el derecho del autor: “(i) la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; (ii) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; (iii) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida”.

A pesar de que dicha propuesta fue rechazada, de manera muy particular por parte de Francia, que se mostró especialmente hostil por considerar que la protección de los artistas se escapaba del ámbito del Convenio, lo cierto es que la Conferencia Diplomática reconoció la existencia del problema y adoptó una resolución invitando a los distintos Estados miembros a que adoptaran medidas para salvaguardar los derechos de los artistas<sup>1667</sup>.

Tras el fracaso, a este respecto, de la Conferencia de Roma, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) recogió el testigo y, a petición de varias organizaciones profesionales, en 1929 decidió abordar la cuestión relativa a los derechos de los artistas en relación con la radiodifusión y la reproducción mecánica de sus interpretaciones sonoras, tal y como refleja el artículo de KOHLER publicado en 1930 por la propia OIT en su Revista Internacional del Trabajo<sup>1668</sup> - a nuestro juicio, la primera tesis que aborda con rigor la cuestión de los derechos de los artistas.

KOHLER nos recuerda<sup>1669</sup> que el tercer Congreso de la Unión Internacional de Músicos, celebrado en Barcelona en junio de 1929, adoptó la siguiente resolución: “esta cuestión [los derechos de los artistas] ha de ser remitida a la Oficina Internacional del Trabajo, que deberá examinarla y preparar una recomendación a todos los gobiernos”. De manera más específica, el Congreso de la Confederación Internacional de Trabajadores Profesionales, celebrado en La Haya en septiembre de 1929, adoptó otra resolución del siguiente tenor: “a la vista de la nueva situación creada por las invenciones recientes, los intérpretes y artistas deberían tener reconocidos ciertos derechos, tanto pecuniarios como morales, cuando su trabajo es radiodifundido, transmitido, o comunicado de cualquier otra manera”, concluyendo que la

---

<sup>1667</sup> Entre las resoluciones de la Conferencia Diplomática de Roma 1928 figura la siguiente: *Voto V, relativo a la protección de los derechos de los artistas ejecutantes (Propuesta de la Delegación italiana): La Conferencia expresa el deseo de que los gobiernos que participaron en los trabajos de la Conferencia consideren la posibilidad de adoptar medidas para salvaguardar los derechos de los artistas ejecutantes.*

<sup>1668</sup> KOHLER, Arnold, *Los derechos de los artistas en relación con la radiodifusión y la reproducción mecánica*, Revista Internacional del Trabajo (*International Labour Review*), vol. 21, núm. 5, 1930.

<sup>1669</sup> *Ibid.*, pág. 663.

Secretaría, “tras consultar con las organizaciones afectadas y con todos los expertos necesarios, deberá preparar un borrador de Convención Internacional (...) que, reconociendo los derechos de los autores, constituya un nuevo código de derechos para los artistas”.

Los trabajos de la OIT a este respecto se vieron interrumpidos por la Segunda Guerra Mundial, y hubo que esperar hasta la Conferencia Diplomática de Bruselas de 1948, en la que se debatía una nueva revisión del Convenio de Berna, para que la cuestión de los derechos de los artistas volviera a entrar en liza, pero sin que se realizara ningún avance significativo – más allá de acuñar la expresión *derechos vecinos* [o *conexos*] *a los del autor*, en relación con los derechos de los artistas, y de reconocer la necesidad de reconocer cierta protección a los organismos de radiodifusión y a “los fabricantes de instrumentos capaces de reproducir mecánicamente obras musicales”. La semilla de la Convención de Roma acababa de ser plantada, y tras toda una serie de reuniones internacionales, finalmente se convocó la Conferencia Diplomática de 1961 que dio lugar al primer tratado internacional sobre los derechos de los artistas.

#### **4.2.- La Convención de Roma de 1961.**

La Convención de Roma, como hemos apuntado *ut supra*, supone el punto de partida de la protección jurídica a nivel internacional de las interpretaciones o ejecuciones, sentando, no obstante, un distinto régimen de protección [o, si se prefiere, de ejercicio] de tales interpretaciones o ejecuciones en función de su naturaleza (musical o audiovisual) o, con mayor propiedad, del soporte o medio al que se incorporan (sonoro o audiovisual).

Así, mientras su art. 3(a) define al artista intérprete o ejecutante como *todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística*, y su art. 7.1 le reconoce *la facultad de impedir toda una serie de actos de explotación, más concretamente la radiodifusión y comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones, así como su fijación y posterior reproducción*, su art. 19 dispone que *no obstante cualesquiera otras disposiciones de la presente Convención, una vez que un artista intérprete o ejecutante haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, dejará de ser aplicable el Artículo 7*.

Este art. 19, conocido como *cut-off provision* o “disposición inhabilitante”, tuvo como resultado que los únicos artistas intérpretes o ejecutantes verdaderamente beneficiados [protegidos] por la

Convención de Roma fueron aquéllos que fijan sus actuaciones en grabaciones sonoras o fonogramas (v.gr. cantantes y músicos).

Pese a ello, no puede afirmarse con rotundidad que dicho instrumento excluya de su ámbito de protección a las interpretaciones audiovisuales, pues no sólo la definición de artista contenida en su art. 3 aparece encabezada por los actores, sino que, además, su art. 7, al estipular el mínimo de protección que se dispensa a los artistas intérpretes o ejecutantes no discrimina en función del colectivo al que pertenezcan aquéllos, ni de la naturaleza de sus actuaciones o del soporte o medio al que éstas se incorporen.

Por tanto, y habida cuenta que la precitada disposición “inhabilitante” del art. 19 únicamente entra en juego una vez el artista consiente la fijación de su interpretación en un soporte o medio audiovisual, el mínimo de protección dispensado por la Convención de Roma (art. 7) es en todo caso aplicable a las interpretaciones en vivo o no fijadas. Así, conjugando ambos preceptos, se llega a la conclusión de que, en relación con sus interpretaciones no fijadas o en vivo, el actor tiene, al amparo de la Convención de Roma, la *facultad de impedir* tanto su radiodifusión y comunicación al público [salvo cuando la interpretación utilizada en la radiodifusión o comunicación al público constituya por sí misma una interpretación radiodifundida] como su fijación. Y, en relación con sus interpretaciones audiovisuales fijadas sin su consentimiento, el artista tendrá, conforme a dicho instrumento, la *facultad de impedir* su reproducción.

Así delimitada, la protección dispensada por la Convención de Roma a las interpretaciones audiovisuales es mínima, pero no inexistente. Ello permite a los actores, además, y con respecto a los actos de explotación descritos *ut supra*, beneficiarse del principio de trato nacional previsto en el art. 4 de la Convención<sup>1670</sup>, toda vez que el art. 2 limita este principio, en su segundo párrafo, a la protección expresamente otorgada por dicho instrumento<sup>1671</sup>, la cual, en el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes se concreta en el art. 7, especialmente limitado para los actores y demás intérpretes audiovisuales por virtud de la referida “disposición inhabilitante” del art. 19.

Por último, aunque carente de relevancia para las interpretaciones audiovisuales, el art. 12 de la Convención de Roma establece la obligación del usuario de un fonograma publicado con fines

---

<sup>1670</sup> Esencialmente, y por lo que a las interpretaciones audiovisuales en vivo se refiere, cuando las mismas se realicen en otro Estado contratante, o sean radiodifundidas en una emisión protegida por la Convención, en ambos casos con independencia de la nacionalidad o lugar de residencia del artista.

<sup>1671</sup> El “mismo trato que a los nacionales” estará sujeto a la protección expresamente concedida y a las limitaciones concretamente previstas en la presente Convención.

comerciales de pagar a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a productor del fonograma, o ambos, una remuneración equitativa y única por la radiodifusión o comunicación al público de dicho fonograma – por las *utilizaciones secundarias de los fonogramas*.

### 4.3.- El Acuerdo sobre los ADPIC de 1994.

A la Convención de Roma siguieron tres décadas de relativo *estancamiento* en la negociación de nuevos estándares internacionales de protección, no ya de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en particular, sino de los derechos de autor y la propiedad intelectual en general – más allá de la adopción del Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas<sup>1672</sup> (de 29 de octubre de 1971) y del Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite<sup>1673</sup> (de 21 de mayo de 1974), así como de las revisiones del Convenio de Berna llevadas a cabo en Estocolmo (14 de julio de 1967) y en París (24 de julio de 1971), y de las enmiendas introducidas el 28 de septiembre de 1979.

Ahora bien, como acertadamente señalan, entre otros, LIPSZYC<sup>1674</sup> y FICSOR<sup>1675</sup>, además de la necesidad de revisar y actualizar los precitados estándares de protección por lo que a los derechos sustantivos se refiere, a finales de los años 1980 se hizo evidente la necesidad de abordar determinadas cuestiones esenciales surgidas a raíz del desarrollo tecnológico, que no sólo estaba propiciando un crecimiento exponencial y la globalización del mercado de productos culturales, sino la aparición de nuevos medios de reproducción que permitían realizar copias no autorizadas de tales productos de una manera cada vez más rápida, más barata y de mayor calidad – el fenómeno de la “piratería cultural”.

La adecuación normativa de la propiedad intelectual a esta nueva realidad, esencialmente *comercial*, requería de la adopción urgente de medidas ajenas a los convenios internacionales entonces vigentes en la materia, a saber: medidas de observancia y respeto de los derechos, incluida la regulación de procedimientos ágiles, de medidas cautelares y de sanciones.

---

<sup>1672</sup> Ratificado por España mediante instrumento de 16 de mayo de 1974, este Convenio protege a los productores de fonogramas contra la producción de copias sin su consentimiento, así como contra la importación y/o distribución de tales copias.

<sup>1673</sup> Estableciendo la obligación de las Partes Contratantes de tomar todas las medidas necesarias para impedir que en o desde su territorio se distribuya cualquier señal portadora de un programa, por un distribuidor a quien no esté destinada la señal, cuando ésta ha sido dirigida hacia un satélite o ha pasado a través de un satélite.

<sup>1674</sup> LIPSZYC, Delia, *Propiedad Intelectual y Derecho Comercial Internacional*, artículo publicado en el Boletín Informativo de CEDRO núm. 22 (enero-febrero 2001), Madrid, págs. 16 a 19.

<sup>1675</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, págs. 10 a 11.

Además, dicha realidad puso de relieve la necesidad de contar con un procedimiento de resolución de controversias similar al del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por su siglas inglesas<sup>1676</sup>), superando así el modelo sentado por los convenios multilaterales entonces vigentes en materia de propiedad intelectual, que se limitaba a sentar la competencia de la Corte Internacional de Justicia para la resolución de cualesquiera controversias surgidas entre las Partes Contratantes con respecto a la interpretación o aplicación de tales convenios.

Si a ello le añadimos el hecho incontestable de que el Derecho de autor (o *Copyright*) forma parte de la política comercial de los EEUU, y que la exportación de productos culturales (especialmente audiovisuales) supone uno de los principales elementos, por ingresos, de la balanza comercial de aquel país, comprendemos que su Gobierno tuviera cierta inclinación hacia la integración de esta materia, primero en el GATT, y después [a partir de su constitución en 1995] en la Organización Mundial del Comercio (OMC). Según LIPSZYC<sup>1677</sup>, “en el orden de las negociaciones internacionales multilaterales, los negociadores comerciales norteamericanos enfocaron al GATT como un foro mucho más adecuado que la OMPI por diversas razones, además de las ya señaladas, entre las cuales, según Ralph Oman, ex *Register of Copyrights* de los Estados Unidos de América, estaba el que los negociadores comerciales norteamericanos no encontraban en la OMPI a las personas con quienes buscaban negociar ni a funcionarios con quienes pudieran tratar un acuerdo por valor de cientos de millones de dólares, sino a gente encantadora y brillante, que con frecuencia eran funcionarios del Ministerio de Cultura, o del Ministerio de Justicia, o de la Biblioteca Nacional, o de la Oficina Nacional de Patentes, pero que no tenían la potestad de negociar un Acuerdo, y en quienes, generalmente, veían a veteranos de una época pasada en que las patentes, las marcas y el derecho de autor eran un oscuro remanso legal”.

Todas estas circunstancias fueron las que llevaron al GATT (o, con mayor precisión, a sus Estados miembros) a incluir en las negociaciones de la Ronda de Uruguay determinadas cuestiones relativas a la propiedad intelectual, que finalmente daría lugar a la adopción del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, o Acuerdo sobre los ADPIC, como Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, de 15 de abril de 1994.

---

<sup>1676</sup> *General Agreement on Tariffs and Trade*.

<sup>1677</sup> LIPSZYC, Delia, *Propiedad Intelectual*, *óp. cit.*, págs. 17-18.

A los efectos del presente trabajo, el Acuerdo sobre los ADPIC carece de relevancia práctica, toda vez que no sólo no dio lugar a modificaciones sustanciales en el sistema internacional de protección de las interpretaciones audiovisuales, sino que su aplicación con respecto a los artistas intérpretes o ejecutantes está limitada expresamente a las fijaciones exclusivamente sonoras [en fonogramas] de sus interpretaciones o ejecuciones en fonogramas, *ex. art. 14.1*.

Efectivamente, dispone dicho precepto que *en lo que respecta a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones en un fonograma, los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán la facultad de impedir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas y la reproducción de tal fijación. Los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán asimismo la facultad de impedir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la difusión por medios inalámbricos y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo* – lo que equivale a decir que los artistas tienen la facultad de impedir la fijación sonora [en un fonograma] de sus interpretaciones o ejecuciones, así como la reproducción de dicha fijación sonora o fonograma.

La única duda que puede ofrecer este párrafo es el ámbito del derecho exclusivo de radiodifusión y comunicación al público, referido a las interpretaciones o ejecuciones en directo.

Atendiendo a que, en realidad, el nivel de protección sentado por este párrafo no difiere, en absoluto, del establecido en el art. 7 de la Convención de Roma, y que, de hecho, conforme al art. 14.6 del Acuerdo sobre los ADPIC, en relación con tales derechos *todo Miembro podrá establecer condiciones, limitaciones, excepciones y reservas en la medida permitida por la Convención de Roma*, llegamos a la conclusión de que las disposiciones sustantivas de dicha Convención se incluyen en el Acuerdo sobre los ADPIC por mera referencia<sup>1678</sup>. De ello se sigue que el art. 14.1 del Acuerdo sobre los ADPIC, al igual que el art. 7 de la Convención de Roma, ampara el derecho de radiodifusión y comunicación al público referido a las interpretaciones audiovisuales en vivo.

Las únicas novedades contenidas en el Acuerdo sobre los ADPIC en relación con la protección de las interpretaciones o ejecuciones son las referidas al derecho de alquiler y a la duración de los derechos reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes.

---

<sup>1678</sup> A idéntica conclusión llega FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 11.

En el caso del derecho de alquiler, y al estar referido a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma, no afecta a las interpretaciones audiovisuales. Así, conforme al art. 14.4 del Acuerdo sobre los ADPIC, las disposiciones del art. 11 relativas a los programas de ordenador [derecho exclusivo de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias] *se aplicarán mutatis mutandis a los productores de fonogramas y a todos los demás titulares de los derechos sobre los fonogramas según los determine la legislación de cada Miembro*, añadiendo que si a la fecha de adopción de tal Acuerdo (15 de abril de 1994), *un Miembro aplica un sistema de remuneración equitativa de los titulares de derechos en lo que se refiere al arrendamiento de fonogramas, podrá mantener ese sistema siempre que el arrendamiento comercial de los fonogramas no esté produciendo menoscabo importante de los derechos exclusivos de reproducción de los titulares de los derechos*. De este precepto se derivó, dos años más tarde, el art. 13 del WPPT<sup>1679</sup>.

En cuanto a la duración de los derechos, el Acuerdo sobre los ADPIC supuso un incremento sustancial del plazo de protección con respecto a la Convención de Roma. Así, de los 20 años previstos en el art. 14 de dicha Convención, se pasó (art. 14.5 del Acuerdo sobre los ADPIC) a un plazo que *no podrá ser inferior a los 50 años, contados a partir del final del año civil en que se haya realizado la fijación o haya tenido lugar la interpretación o ejecución* – es decir, el actor también se beneficia de este plazo de protección, al menos con respecto a sus interpretaciones audiovisuales en vivo o no fijadas.

#### **4.4.- El WPPT de 1996.**

Si bien en un principio la comunidad internacional adoptó, frente al desarrollo tecnológico mencionado en el epígrafe anterior (especialmente a partir de los años 1980), la estrategia que FICSOR<sup>1680</sup> denomina de “desarrollo rígido”, basada, no ya en la búsqueda de nuevas normas internacionales, sino en la interpretación de las normas ya existentes (*v.gr.*, Convención de Roma), a partir de principios y criterios orientadores elaborados por la OMPI, e incluso por la UNESCO, lo cierto es que a principios de la década de 1990 se llegó al convencimiento de que dicha orientación no era suficiente, y de que era necesario abordar una actualización del sistema internacional de normas en esta materia.

---

<sup>1679</sup> Vid. epígrafe 5.3 del Capítulo XI.

<sup>1680</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 10.

A tal fin, y en paralelo a las negociaciones de la Ronda de Uruguay<sup>1681</sup>, la OMPI comenzó a trabajar, a través de dos comités paralelos de expertos (uno encargado de la preparación de un Protocolo de la Convención de Berna, y el otro de la redacción de un nuevo instrumento internacional sobre los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores de fonogramas – es decir, de la actualización del Convenio de Roma), en la preparación de nuevas normas que dieran respuesta a las necesidades detectadas con ocasión del precitado desarrollo tecnológico.

Pese a que los trabajos de tales comités se vieron frenados, e incluso suspendidos, por las negociaciones de la Ronda de Uruguay, retomándose poco después de la adopción del Acuerdo sobre los ADPIC, lo cierto es que a partir de ese momento avanzaron con cierta celeridad, dando lugar en tan sólo dos años a la convocatoria de la Conferencia Diplomática de la OMPI en Ginebra en diciembre de 1996 – que, a su vez, dio lugar a la adopción de los dos primeros “Tratados Internet”<sup>1682</sup> de la OMPI: el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).

Como veremos en el siguiente epígrafe, si bien la Propuesta Básica debatida en 1996 incluía una variante con la que se pretendía la protección por el nuevo instrumento de las interpretaciones audiovisuales, las negociaciones a este respecto fracasaron y el WPPT limitó su protección a las interpretaciones o ejecuciones sonoras (esencialmente musicales).

Tanto los motivos de dicho fracaso, como el análisis concreto de las distintas disposiciones sustantivas del WPPT, se expondrán en el siguiente capítulo, todo ello en relación con el Tratado de Beijing. No obstante lo cual cumple dejar ahora apuntadas las principales novedades introducidas por el WPPT en el régimen de protección internacional de las interpretaciones o ejecuciones.

Así, el WPPT es el primer tratado internacional que reconoce derechos morales a los artistas intérpretes o ejecutantes, siquiera limitados a sus interpretaciones en vivo o sonoras fijadas en un fonograma. Tales derechos, conforme al art. 5 del WPPT, son los de paternidad e integridad.

---

<sup>1681</sup> *Vid.* epígrafe 4.3 de este Capítulo.

<sup>1682</sup> El tercero de tales tratados es el de Beijing sobre interpretaciones o ejecuciones audiovisuales. La denominación de “Tratados Internet” obedece a que los mismos (especialmente el WCT y el WPPT) surgen como respuesta a los problemas que entonces planteaba la tecnología digital y, en particular, la explotación de las obras a través de las redes digitales de comunicación.



Además, el WPPT supera el esquema sentado por el art. 7 de la Convención de Roma (v.gr., el nivel mínimo de protección convencional, articulado sobre la base de reconocer al artista la *facultad de impedir* determinados actos de explotación de sus interpretaciones o ejecuciones), y reconoce al artista un amplio elenco de derechos exclusivos sobre sus interpretaciones o ejecuciones, tanto fijadas como no fijadas. Así, con respecto a estas últimas, el art. 6 WPPT reconoce al artista el *derecho de autorizar* la radiodifusión y comunicación al público [excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una interpretación o ejecución radiodifundida], así como su fijación.

Cumple advertir que estos derechos son los únicos previstos en el WPPT del que pueden beneficiarse los actores sobre sus interpretaciones audiovisuales, al no estar limitados a las interpretaciones o ejecuciones sonoras – tal cual sucede con los derechos morales sobre las interpretaciones o ejecuciones no fijadas, conforme al precitado art. 5 WPPT.

Y, en relación con sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma (y, por tanto, excluidas las interpretaciones audiovisuales), el WPPT (art. 7) reconoce al artista el derecho exclusivo de reproducción previsto en la Convención de Roma, pero con una formulación actualizada a las exigencias de las nuevas tecnologías<sup>1683</sup>, al que añade otros derechos exclusivos no previstos en dicha Convención, a saber: los derechos de distribución (art. 8), alquiler (art. 9 – en idéntico sentido que en el Acuerdo sobre los ADPIC) y puesta a disposición del público (art. 10).

Además, el WPPT mantiene en su art. 15 el derecho del artista a una remuneración equitativa por determinados usos secundarios (v.gr. radiodifusión y comunicación al público) de los fonogramas publicados con fines comerciales, ya previsto en el art. 12 de la Convención de Roma – si bien el art. 15 WPPT lo configura como un auténtico derecho, y no como una obligación de pago, tal cual era el sentido del art. 12 de la Convención de Roma, y lo atribuye a artistas y productores, y no a unos o a otros (como era el caso del precitado art. 12 de la Convención de Roma).

La duración de tales derechos es la misma que prevé el Acuerdo sobre los ADPIC, si bien limitada a los derechos sobre las interpretaciones o ejecuciones fijadas, esto es, 50 años *contados a partir del final del año en el que la interpretación o ejecución fue fijada en un fonograma* (ex.

---

<sup>1683</sup> De ahí la referencia a la reproducción *directa o indirecta*, y *por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma* – a este respecto, *vid.* epígrafe 5.1 del Capítulo XI.

art. 17.1 WPPT) – no prevé, al contrario que el Acuerdo sobre los ADPIC (art. 14.5), el supuesto de las interpretaciones o ejecuciones no fijadas, protegidas sin embargo por el art. 6 del WPPT, tal y como se ha comentado.

## **4.5.- El Tratado de Beijing de 2012: consideraciones generales.**

### **4.5.1.- Antecedentes.**

Cincuenta años después de la adopción de la Convención Internacional de Roma de 1961 sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión –reconociendo a los artistas intérpretes o ejecutantes, por vez primera a nivel internacional, la propiedad intelectual sobre sus actuaciones esencialmente musicales–, los Estados miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) decidieron poner fin a lo que el Director General de dicha organización, GURRY, calificó de “anomalía histórica”<sup>1684</sup>. Anomalía que se concretaba en la ausencia de reconocimiento internacional de derechos de propiedad intelectual a favor de los actores, bailarines y demás artistas sobre sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales. Y ello a pesar de que el resto de creadores sí venían disfrutando de tales derechos en el plano internacional desde hacía varias décadas – en el caso de los autores más de cien años, desde la adopción del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (de 9 de septiembre de 1886) y, en el caso de los cantantes y músicos, desde la adopción de la citada Convención de Roma (de 26 de octubre de 1961). Es decir, hasta 2012 los actores constituían el único colectivo de creadores que carecía de reconocimiento en el sistema internacional de protección de la propiedad intelectual – y ello a pesar de los dos intentos, fallidos, de adoptar el correspondiente instrumento internacional que pusiera fin a la situación descrita, el último de ellos en 2000, con ocasión de la Conferencia Diplomática que se celebró en Ginebra los días 7 a 20 de diciembre de dicho año.

Así, y tras más de una década de espera, los Estados miembros de la OMPI acordaron en septiembre de 2011 continuar con la citada Conferencia Diplomática, suspendida en el año 2000, sobre la Protección de las Interpretaciones y Ejecuciones audiovisuales.

---

<sup>1684</sup> GURRY, Francis, durante su entrevista con el actor chino Jackie Chan el 21 de junio de 2012, en el marco de la Conferencia Diplomática de Beijing – disponible en [http://www.wipo.int/multimedia/en/dc2012/beijing\\_dc\\_day2.swf](http://www.wipo.int/multimedia/en/dc2012/beijing_dc_day2.swf)

Dejando al margen las cuestiones de índole jurídico-procedimental<sup>1685</sup> que suscitó dicho acuerdo (de *continuar* la Conferencia Diplomática de 2000, en lugar de *convocar* una nueva Conferencia Diplomática), cumple traer a colación los principales elementos que dieron lugar al mismo.

El punto de partida, como se ha dicho, lo constituye la Convención de Roma de 1961, a la que siguió la Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de derechos de autor y derechos conexos, celebrada en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996. La Propuesta Básica de tratado debatida entonces –y encaminada a la protección de las interpretaciones y ejecuciones *sonoras* (fijadas en un fonograma o soporte exclusivamente sonoro) y de los productores de fonogramas – incluía una variante por la que la protección dispensada a los artistas intérpretes o ejecutantes se podría extender a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales. Sin embargo, el Instrumento finalmente adoptado (el WPPT, o Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas), no extendió su protección a dichas interpretaciones o ejecuciones, viéndose los actores y demás *artistas audiovisuales*, una vez más, privados de protección a nivel internacional.

Las causas de dicho fracaso las encontramos, básicamente, en las posturas encontradas e irreconciliables de los Estados Unidos y la Unión Europea [entonces, *Comunidad Europea*] en torno a cuestiones tales como la cesión de los derechos del artista al productor de la fijación audiovisual; la ley aplicable a las relaciones entre artista intérprete o ejecutante y productor (y, por tanto, reguladora de las cesiones de derechos); la posibilidad de implementar las obligaciones del Tratado no sólo mediante disposiciones legislativas, sino igualmente mediante convenios colectivos; y los posibles derechos morales que pudieran ser reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes.

En las discusiones relativas a estas cuestiones se dejó entrever que la principal dificultad u obstáculo era la incompatibilidad de dos sistemas: el *Copyright*, propio de los países bajo la influencia del *Common Law* anglosajón, y el continental de Derecho de autor. Así, incapaces de diseñar un medio que garantizara la compatibilidad de ambos sistemas, la Conferencia Diplomática de 1996 terminó por excluir a las interpretaciones audiovisuales de los acuerdos

---

<sup>1685</sup> La *continuación* de la Conferencia Diplomática de 2000 significaba la no reapertura de debate alguno en torno a los 19 artículos provisionalmente acordados entonces, así como la incorporación de las actas de dicha Conferencia a las de la de Beijing. Sin embargo, también debería haber significado la no alteración en la composición de los distintos comités, ni de la presidencia. Sin embargo, en Beijing se adoptaron nuevas reglas procedimentales, y se constituyeron nuevos comités, lo que supone una ruptura con la Conferencia Diplomática de 2000. Quizás lo más oportuno, y jurídicamente correcto, hubiera sido que la Asamblea General de la OMPI hubiera convocado una nueva Conferencia, dejado expresa constancia del acuerdo de los Estados miembros de no reabrir los debates sobre los 19 artículos del acuerdo provisional de 2000, y de incorporar las actas de ese año a la nueva conferencia diplomática.

alcanzados. No obstante, se decidió continuar con las discusiones con objeto de adoptar, a más tardar en 1998, un Protocolo al WPPT, extendiendo su protección a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

Sin embargo, hubo que esperar, no dos, sino cuatro años, para que se convocara una nueva Conferencia Diplomática – que se celebró en Ginebra del 7 al 20 de diciembre de 2000. La Propuesta Básica que se preparó entonces incluyó dos variantes: o bien un Protocolo al WPPT, o bien un Instrumento independiente, pero en cualquiera de los dos casos, se perseguía encontrar el consenso necesario para evitar un fracaso como el de 1996.

La Propuesta Básica se concretó en 20 artículos, cuyo contenido, como es lógico, se vio alterado a medida que avanzaban las negociaciones, pudiéndose comprobar, una vez más, el carácter irreconciliable de los dos sistemas en liza: el *Copyright* anglosajón y el sistema continental de Derecho de Autor, que se tradujo en un nuevo fracaso de la Conferencia.

La discrepancia profunda que impidió la aprobación de este nuevo instrumento internacional se centró en el régimen de titularidad y cesión de derechos; más concretamente en el párrafo segundo del artículo 12 de la Propuesta Básica, regulador de una materia objeto del Derecho Internacional Privado.

Las demás disposiciones sustantivas, contenidas en los restantes 19 artículos, sí fueron adoptadas por la Conferencia Diplomática, siquiera con carácter provisional –habida cuenta la falta de acuerdo en torno a un único artículo, el 12, en los términos ya señalados.

Si bien esta cuestión permaneció desde entonces en la agenda de la OMPI, no fue sino hasta 2006 que los debates a este respecto se fueron intensificando, hasta que finalmente los Estados miembros de la OMPI fueron capaces de consensuar el contenido del art. 12, permitiendo con ello reanudar un año más tarde la Conferencia Diplomática, en esta ocasión en Beijing, que concluyó el 24 de junio de 2012 con la adopción definitiva del Tratado que lleva el nombre de la capital china, y cuyo análisis ocupará el siguiente capítulo de este trabajo.

#### **4.5.2.- Estado de la cuestión.**

El texto aprobado en el seno de la Comisión Principal I de la Conferencia Diplomática de Beijing [Preámbulo y artículos 1 a 20, junto con sus correspondientes declaraciones concertadas]

se unió a las cláusulas administrativas y finales [artículos 21 30] aprobadas por la Comisión Principal II, y todo ello, el *Proyecto de Tratado*<sup>1686</sup>, se presentó el 24 de junio de 2012 a la Conferencia reunida en sesión plenaria, que, tras la adopción del segundo informe de la Comisión de Verificación de Poderes, adoptó finalmente el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales.

Dos días más tarde, esto es, el 26 de junio, y tras las declaraciones de rigor – algunas de ellas cargadas de emotividad –, 123 países (incluida la UE) firmaron el Acta Final<sup>1687</sup>, y 48 firmaron el Tratado<sup>1688</sup>.

En septiembre de 2015 otros 25 países, más la Unión Europea, ya habían firmado el Tratado<sup>1689</sup>, sumando así 73 Partes Contratantes, de las que tan sólo 5 lo han ratificado<sup>1690</sup> y otros 3 países que se han adherido al mismo<sup>1691</sup> (sin firma previa). A este respecto, recuérdese que conforme al artículo 26 del Tratado, se precisa que al menos 30 Partes contratantes depositen sus instrumentos de ratificación o adhesión<sup>1692</sup>.

En todo caso, y pese a no haber entrado en vigor aún, el Tratado de Beijing cumple con una de sus principales virtualidades, a saber: al ofrecer una regulación, siquiera de mínimos, universalmente aceptada por los Estados Miembros de la OMPI, servirá, de un lado como incentivo para las legislaciones que aún no protegen debidamente las interpretaciones audiovisuales y, del otro, operará como efecto estabilizador en la consolidación de los derechos

---

<sup>1686</sup> Proyecto de Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, presentado por las Comisiones Principales I y II a la Conferencia reunida en sesión plenaria – documento OMPI AVP/DC/18, de 24 de junio de 2012, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/avp\\_dc/avp\\_dc\\_18.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/avp_dc/avp_dc_18.pdf)

<sup>1687</sup> El Acta Final fue suscrita por 123 países (incluida la UE), dejando así expresa constancia de la celebración de la Conferencia Diplomática y de la adopción del Tratado, quedando abierto para su firma a partir del 26 de junio de 2012 – documento OMPI VP/DC/21, de 26 de junio de 2012, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/avp\\_dc/avp\\_dc\\_21.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/avp_dc/avp_dc_21.pdf)

<sup>1688</sup> Burkina Faso, Burundi, Camerún, Chad, Chile, China, Chipre, Colombia, Congo, Costa Rica, Costa de Marfil, Dinamarca, Yibuti, España, Estados Unidos, Francia, Ghana, Granada, Guinea, Haití, Hungría, Italia, Jamaica, Jordania, Kenia, Madagascar, Malí, Marruecos, Mauricio, Mauritania, México, Mongolia, Namibia, Nicaragua, Perú, República Árabe Siria, República Centroafricana, República de Moldavia, República Popular Democrática de Corea, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Sudán, Suiza, Togo, Túnez y Zambia – documento OMPI AVP/DC/22, de 9 de julio de 2012, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/avp\\_dc/avp\\_dc\\_22.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/avp_dc/avp_dc_22.pdf)

<sup>1689</sup> Alemania (20.06.2013), Austria (19.06.2013), Bélgica (08.05.2013), Botsuana (04.10.2012, ratificado el 20.11.2013), Bulgaria (19.12.2012), El Salvador (07.11.2012), Eslovenia (21.06.2013), Estonia (20.06.2013), Finlandia (14.06.2013), Grecia (20.06.2013), Guatemala (27.05.2013), Honduras (04.10.2012), Indonesia (18.12.2012), Irlanda (19.06.2013), Luxemburgo (20.06.2013), Montenegro (27.05.2013), Países Bajos (19.06.2013), Polonia (24.06.2013), Qatar (24.06.2013, ratificado el 03.07.2015), Reino Unido (11.06.2013), República Checa (29.04.2013), Rumania (24.06.2013), Suecia (14.06.2013), Uganda (08.10.2012), Unión Europea (19.06.2013), Zimbabue (11.12.2012).

<sup>1690</sup> Botsuana (instrumento de ratificación de 20.11.2013), Chile (instrumento de ratificación de 22.06.2015), China (instrumento de ratificación de 09.07.2014), Qatar (instrumento de ratificación de 03.07.2015) y República Árabe de Siria (instrumento de ratificación de 18.03.2013),

<sup>1691</sup> Emiratos Árabes Unidos (instrumento de adhesión de 15.10.2014), Eslovaquia (instrumento de adhesión de 22.05.2014) y Japón (instrumento de adhesión de 10.06.2014).

<sup>1692</sup> *El presente Tratado entrará en vigor tres meses después de que 30 Partes que reúnan las condiciones mencionadas en el artículo 23 [cualquier Estado miembro de la OMPI, así como la UE] hayan depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión.*

de propiedad intelectual reconocidos a los artistas del audiovisual en aquellos otros Estados donde las legislaciones y la práctica diaria han implantado tales derechos – como es el caso de España.

Y ello sin perjuicio, claro está, de que los 68 Estados contratantes que aún no lo han ratificado, con su firma sí han manifestado, sin embargo, su conformidad con las disposiciones del Tratado y su intención de vincularse a las mismas a través de su ratificación.

#### **4.5.3.- Aspectos básicos.**

Sin perjuicio del análisis más exhaustivo que, de manera particular, se ofrece en el siguiente Capítulo de este trabajo, cumple dejar advertido ahora que el Tratado de Beijing consta de 30 artículos, que se dividen en dos grupos.

Los arts. 1 a 20, que contienen las disposiciones sustantivas del tratado –protección dispensada por el instrumento (derechos concretos); beneficiarios y duración de dicha protección; cesión de los derechos, así como limitaciones y excepciones a los mismos; etc.

Y, por su parte, los arts. 21 a 30, que contemplan las disposiciones de carácter administrativo, relativas a cuestiones tales como las condiciones para ser Parte en el Tratado, su entrada en vigor, denuncia, idiomas, depositario, etc.

A los efectos que nos ocupan (la protección de las interpretaciones audiovisuales), nos centraremos en el primer grupo de disposiciones, del que destacamos ahora los siguientes aspectos para, posteriormente, analizar cada una de tales disposiciones con mayor profundidad y detenimiento:

- a) El Tratado reconoce al actor los derechos morales a revindicar ser identificado como el artista de sus interpretaciones (derecho de paternidad), y a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones que cause perjuicio a su reputación (derecho de integridad) –art.5.
- b) El actor conservará en todo caso los derechos morales sobre sus actuaciones, incluso después de su muerte y con independencia de los derechos patrimoniales que haya cedido al productor –art. 5.

- c) El Tratado reconoce igualmente al actor un amplio elenco de derechos patrimoniales sobre sus interpretaciones audiovisuales – en relación con la fijación, reproducción, distribución, alquiler, puesta a disposición y comunicación al público de las mismas (arts. 6 a 11).

Así, los actores gozarán del derecho exclusivo a autorizar:

- la fijación de sus actuaciones no fijadas. También en relación con sus actuaciones no fijadas, el actor tendrá el derecho exclusivo a autorizar su radiodifusión y comunicación al público – art. 6;
  - la reproducción de sus actuaciones fijadas en fijaciones audiovisuales – art. 7;
  - la distribución del original y de las reproducciones de sus actuaciones fijadas en fijaciones audiovisuales, mediante venta u otra transferencia de propiedad – art. 8;
  - el alquiler comercial del original y de las reproducciones de sus actuaciones fijadas en fijaciones audiovisuales – art. 9;
  - la puesta a disposición interactiva de sus actuaciones fijadas en fijaciones audiovisuales - art. 10. Además, el Tratado prevé, siquiera de manera indirecta, la posibilidad de reconocer a los actores un derecho de remuneración por tales actos de puesta a disposición, cuando el derecho exclusivo haya sido cedido al productor (art. 12.3); y
  - la radiodifusión y la comunicación al público de sus actuaciones fijadas en fijaciones audiovisuales – art. 11. Se prevé, de manera expresa, la posibilidad de reconocer que los actores tengan un derecho de remuneración por tales actos de explotación cuando el derecho exclusivo haya sido cedido al productor – arts. 11 y 12.3.
- d) El Tratado prevé la posibilidad de establecer en las distintas legislaciones nacionales o bien una presunción de cesión [o incluso de titularidad y/o ejercicio] de los derechos exclusivos del artista al productor de la fijación audiovisual, o la necesidad de que tal cesión pueda

articularse únicamente por contrato escrito. En todo caso la cesión deja a salvo, además de los derechos morales, los posibles derechos de remuneración<sup>1693</sup> – art. 12.3.

- e) Los derechos reconocidos a los actores en el Tratado estarán protegidos por un plazo no inferior a los cincuenta (50) años a partir del final del año en que sus actuaciones sean fijadas– art. 14.
- f) Salvo reserva expresa por parte de algún país, los derechos reconocidos en el Tratado serán de aplicación a todas las actuaciones fijadas que existan en el momento de su entrada en vigor. En todo caso, estarán protegidas las actuaciones que tengan lugar después de su entrada en vigor en cada país – art. 19.

#### **4.5.4.- Virtualidad del Tratado de Beijing.**

Más allá de que con carácter inmediato, pese a no haber entrado aún en vigor, tal y como advertíamos *ut supra*, el Tratado de Beijing ya viene cumpliendo con una de sus principales virtualidades: la de ofrecer un marco mínimo de protección, universalmente aceptado, que reconoce al actor un *estatus* hasta ahora reservado, en el plano internacional, a los autores y músicos, esto es, el de creador de sus interpretaciones y, por tanto, titular de la propiedad intelectual sobre las mismas.

Este es, precisamente, el aspecto o virtud más destacada del Tratado de Beijing, que no en vano pone fin a más de cinco décadas de discriminación entre artistas en función del soporte o medio, sonoro o audiovisual, en el que se fije su interpretación, o de la naturaleza, musical o audiovisual, de la misma.

Desde un punto de vista estrictamente técnico, el principal efecto del Tratado, una vez entre en vigor, será el de obligar a los Estados contratantes a conceder a los artistas nacionales de otras Partes contratantes, como mínimo, la protección dispensada por el instrumento – los derechos previstos en el Tratado –, en el sentido y con el alcance indicado en su art. 4, cuyo contenido será objeto de análisis más adelante<sup>1694</sup>.

---

<sup>1693</sup> Así como las regalías que puedan tener reconocidos los artistas conforme a los respectivos convenios individuales o colectivos celebrados con los productores, aspecto éste que se analiza con mayor detenimiento en el epígrafe correspondiente.

<sup>1694</sup> *Vid.* epígrafe 2.3 del Capítulo XI.



La implementación del Tratado en las distintas legislaciones nacionales determinará, además, un mayor nivel de protección de las interpretaciones audiovisuales en aquellos países que aún no las protegen adecuadamente, así como la consolidación de los derechos que los actores ya tienen reconocidos, legal o contractualmente, en otros países.

El Tratado de Beijing servirá, en definitiva, como cimiento para la construcción de un marco global y armonizado de protección de las interpretaciones audiovisuales, de la misma manera que en su día lo fue el Convenio de Berna para los autores, y la Convención de Roma para los músicos.

## **5.- CONCLUSIONES PARCIALES.**

- 1ª.- La tardía regulación internacional en materia de derechos de los artistas en general, y especialmente en relación con sus interpretaciones audiovisuales, ha provocado una acentuada disparidad legislativa en el Derecho comparado por lo que a la protección de tales interpretaciones se refiere.
- 2ª.- No obstante lo anterior, y pese a la devastadora disposición contenida en el art. 19 del primer instrumento internacional que reconoce derechos a los artistas (la Convención de Roma de 1961), los derechos de los actores gozan en el Derecho comparado, y en mayor o menor medida, de cierto grado de protección, ajustado en todo caso a la tradición jurídico-legislativa de cada país.
- 3ª.- Dicho grado de protección, en aquellas legislaciones nacionales que así lo contemplan, es, sin embargo, a un nivel inferior que el reconocimiento que tales legislaciones hacen de los derechos de los autores nominalmente considerados, lo cual es fruto del desequilibrio y orfandad que han padecido los derechos de los artistas hasta fechas recientes en el ámbito internacional, pero también es la consecuencia de la concurrencia de otros intereses económicos y de otra índole, que se afianzaron a costa de obviar los legítimos derechos de los artistas.
- 4ª.- La intensa actividad legislativa de las instituciones comunitarias de la UE, además de armonizar, siquiera relativamente, el nivel de protección de las interpretaciones audiovisuales a nivel europeo, pone de relieve la importancia económico-cultural que el

sector audiovisual ha cobrado en las últimas décadas, haciendo imprescindible la superación de la precitada disposición *inhabilitante* que la Convención de Roma contenía en su art. 19.

- 5ª.- Situación que, sin embargo, ha tardado mucho en verse reflejada en el ámbito internacional, habida cuenta que la incapacidad de encontrar soluciones mutuamente compatibles con los dos principales sistemas en liza (Derecho de Autor y *Copyright*) condujo al fracaso de los dos primeros intentos de pactar un instrumento internacional para la protección de las interpretaciones audiovisuales. Las Conferencias Diplomáticas de 1996 y 2000, auspiciadas por la OMPI, hacen prueba privilegiada de esa circunstancia.
- 6ª.- El tercer intento fue el definitivo, y el Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fue finalmente adoptado el 24 de junio de 2012, también bajo los auspicios de la OMPI, completando así la estructura internacional de protección de la propiedad intelectual, que hasta esa fecha arrastraba la notable e insostenible incoherencia de mantener en situación de desamparo –y limbo jurídico– a la modalidad de creaciones (las interpretaciones audiovisuales) probablemente de mayor incidencia social, económica y cultural de las últimas décadas, del presente y del futuro más inmediato.
- 7ª.- El art. 12 de la Propuesta Básica del año 2000, así como en la Conferencia Diplomática de 1996, representó el obstáculo principal para alcanzar el consenso internacional deseado. Si ese fue el obstáculo jurídico, el motivo subyacente, no obstante, se encontraba en la búsqueda de soluciones compatibles y armónicas entre la industria audiovisual de los EEUU y la del resto del mundo, además, marcada ésta por un contexto de globalización, tecnología digital, e Internet.
- 8ª.- El Tratado de Beijing, además de poner fin a cinco décadas de discriminación entre artistas en función del soporte o medio, sonoro o audiovisual, en el que se fijen sus interpretaciones, o de la naturaleza, musical o audiovisual, de las mismas, significará un mayor nivel de protección de las interpretaciones audiovisuales en aquellos países que aún no las protegen adecuadamente (para los que constituirá un modelo o referente de extraordinario valor para su legislación nacional), así como la consolidación de los derechos que los actores ya tienen reconocidos, legal o contractualmente, en otros países.

- 9ª.-** La evolución legislativa de los últimos años en esta materia, en los planos nacional, regional e internacional, pone de relieve la importancia adquirida por las interpretaciones audiovisuales en el mercado global, marcado por el advenimiento y consolidación de una “nueva Era” que podríamos denominar “de la imagen en movimiento” o “audiovisual”.
- 10ª.-** Si la Historia de la Humanidad no ha conocido Civilización alguna que no se haya construido a través de sus manifestaciones culturales, en nuestra época no hay potencia política o económica que no lo sea cultural y, más particularmente, audiovisual. Así, los EEUU, China, Japón, Reino Unido, Francia o Alemania.

## CAPÍTULO XI

# ESPECIAL ANÁLISIS DEL TRATADO DE BEIJING DE 2012 SOBRE INTERPRETACIONES Y EJECUCIONES AUDIOVISUALES.

## 1.- ORIENTACIONES Y BASES GENERALES DEL TRATADO.

### 1.1.- El Preámbulo.

Conforme a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, todo tratado internacional ha de ser interpretado en su “contexto”, entendiendo por tal, además del texto articulado, “su preámbulo y anexos” (art. 31.2). De esta manera, el preámbulo del Tratado de Beijing no sólo constituye parte integrante del mismo, sino que además es fuente necesaria para la correcta interpretación de sus disposiciones sustantivas.

Las disposiciones del Preámbulo, tal y como sucede con el resto de instrumentos internacionales, enuncian el objetivo último del Tratado, así como los principales argumentos y consideraciones relacionadas con el mismo.

Así, el primer párrafo<sup>1695</sup>, que sigue el modelo del WPPT, expresa el objetivo más general del Tratado, a saber: *desarrollar y mantener la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes respecto de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales de la manera más eficaz y uniforme posible*. De este párrafo se pueden extraer dos conclusiones fundamentales: (i) el Tratado tiene por objeto reconocer derechos única y exclusivamente a los artistas intérpretes o ejecutantes, y no a otros titulares como pudieran ser los productores; y (ii) dichos derechos se reconocen sobre las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales<sup>1696</sup>.

---

<sup>1695</sup> *Deseos de desarrollar y mantener la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes respecto de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales de la manera más eficaz y uniforme posible.*

<sup>1696</sup> Sobre las definiciones de *artista intérprete o ejecutante*, así como de *interpretación o ejecución audiovisual* volveremos más adelante, si bien es conveniente dejar sentado que, conforme al texto del sexto párrafo del Preámbulo – en consonancia con las disposiciones del texto articulado –, la naturaleza *audiovisual* de las interpretaciones o ejecuciones [y, por tanto, su protección por este Tratado] viene dada por el soporte o medio en el que aquéllas son fijadas por primera vez (en fijaciones audiovisuales, entendiendo por tales *la incorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo* – art. 2.b del Tratado). Por tanto, la protección dispensada por el Tratado únicamente alcanza, en los términos que veremos más

El segundo párrafo<sup>1697</sup>, que tiene su origen en una propuesta realizada por Brasil, es de naturaleza descriptiva, indicando la importancia de las recomendaciones de la Agenda para el Desarrollo<sup>1698</sup>, adoptadas en 2007 por la Asamblea General de la OMPI, así como el objetivo de éstas – que las consideraciones relativas al desarrollo formen parte integral de la labor de la OMPI<sup>1699</sup>.

El tercer párrafo<sup>1700</sup>, por su parte, se limita a reconocer que la consecución del objetivo declarado en el primer párrafo (*la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes respecto de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales de la manera más eficaz y uniforme posible*) implica la necesidad de adoptar nuevas normas internacionales – en este caso el Tratado de Beijing.

El cuarto párrafo<sup>1701</sup> reconoce la necesidad de adaptar la regulación a la nueva realidad tecnológica, protegiendo los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes frente a aquellos actos de explotación que han ido surgiendo como consecuencia del desarrollo y convergencia de las tecnologías de la información y la comunicación. Así se desprende del texto del propio párrafo, así como de las notas en la Propuesta Básica de 2000: “el tercer párrafo reconoce la relación del Instrumento propuesto con la evolución del entorno general del sistema de propiedad intelectual (...) el Instrumento propuesto contiene algunas disposiciones sobre *temas tradicionales* y también incluye soluciones a los problemas planteados por la evolución tecnológica, del mismo modo que el WPPT y el WCT, que suelen denominarse los *Tratados Internet* de la OMPI”<sup>1702</sup>.

---

adelante, a las interpretaciones o ejecuciones realizadas frente a la cámara o dispositivo de fijación – es decir, aquéllas que, no estando previamente fijadas, se llevan a cabo con la intención de incorporarlas directamente en una fijación audiovisual.

<sup>1697</sup> Recordando la importancia de las recomendaciones de la Agenda para el Desarrollo, adoptadas en 2007 por la Asamblea General del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), cuyo propósito es asegurar que las consideraciones relativas al desarrollo formen parte integral de la labor de la Organización.

<sup>1698</sup> Las 45 recomendaciones de la Agenda para el Desarrollo están disponibles en la página Web de la OMPI, en <http://www.wipo.int/ip-development/es/agenda/recommendations.html>

<sup>1699</sup> Entendemos, en todo caso, que la referencia en el Preámbulo del Tratado a las recomendaciones de la Agenda para el Desarrollo (sobre asistencia técnica, fortalecimiento de capacidades, transferencia de tecnología, tecnologías de la información y comunicación, estudios de incidencia, cuestiones institucionales, etc.) resulta innecesaria, habida cuenta que aquellas son, en la mayor parte de los casos, absolutamente irrelevantes para la negociación y adopción de un instrumento de esta naturaleza, así como para su interpretación.

<sup>1700</sup> Reconociendo la necesidad de introducir nuevas normas internacionales que ofrezcan soluciones adecuadas a las cuestiones planteadas por la evolución económica, social, cultural y tecnológica.

<sup>1701</sup> Reconociendo el profundo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de la información y la comunicación en la producción y utilización de interpretaciones y ejecuciones audiovisuales.

<sup>1702</sup> Nota 0.08 en la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

El quinto párrafo<sup>1703</sup> refleja la necesidad de equilibrar los derechos de los artistas [sobre sus interpretaciones audiovisuales] con el interés general; equilibrio que se traduce en la limitación temporal de los derechos patrimoniales y en el establecimiento de determinados límites y excepciones. Sobra decir que este equilibrio no es, en absoluto, una particularidad de la protección reconocida a las interpretaciones audiovisuales, sino del sistema de propiedad intelectual en su conjunto. Y es ese equilibrio el que informa, o ha de informar, todas las normas en esta materia. La propiedad intelectual, en efecto, ha de garantizar un justo equilibrio entre el derecho a la protección de los intereses materiales y espirituales de los creadores, y el derecho de toda persona a acceder a las obras del intelecto. Equilibrio que ratifica el art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>1704</sup>, al sancionar en su primer párrafo el derecho de toda persona *a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten*, al tiempo que su segundo párrafo reconoce el derecho de toda persona *a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*.

El sexto párrafo<sup>1705</sup> establece algo que *a priori* resulta obvio, a saber: que el WPPT no amplía la protección a los artistas intérpretes o ejecutantes con respecto a sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales. Pero esta manifestación, o aclaración, si se prefiere, resultaba muy procedente en la Propuesta Básica de Tratado debatida en el año 2000, toda vez que entonces se antojaba necesario recordar la historia negociadora de este instrumento. Efectivamente, tal y como hemos señalado<sup>1706</sup>, la protección internacional de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales era una de las cuestiones incluidas en la agenda de la Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos, celebrada en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996. Sin embargo el Tratado finalmente adoptado, el WPPT, no extendió su protección a dichas interpretaciones, decidiéndose entonces continuar con las discusiones con objeto de adoptar un Protocolo a dicho instrumento o, en su caso, un nuevo Tratado, cubriendo dicha laguna.

---

<sup>1703</sup> Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales y el interés público en general, particularmente en la educación, la investigación y el acceso a la información.

<sup>1704</sup> Adoptada por la ONU en su 183ª sesión plenaria, el 10 de diciembre de 1948 – Resolución 217A.

<sup>1705</sup> Reconociendo que el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), hecho en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, no amplía la protección a los artistas intérpretes o ejecutantes con respecto a sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.

<sup>1706</sup> Vid. Capítulo X, epígrafe 4.5.1.

Por último, y en idéntico sentido que el anterior, el séptimo párrafo del Preámbulo<sup>1707</sup> hace referencia a la citada Resolución adoptada por la Conferencia Diplomática de 1996, destacando la urgente necesidad de convenir nuevas normas para la protección internacional adecuada de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales y, “lamentando que, a pesar de los esfuerzos de la mayoría de las Delegaciones, el Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas no cubre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes por las fijaciones audiovisuales de sus interpretaciones o ejecuciones”, solicitaba la adopción de un Protocolo al WPPT a este respecto.

## **1.2.- Relación con otros convenios y tratados.**

Sentado lo anterior, en relación con el Preámbulo del Tratado, analizaremos ahora las disposiciones de su art. 1, que establecen la relación de este instrumento con otros convenios y tratados – especialmente con el WPTT.

Así, conforme a su primer párrafo, *ninguna disposición del presente Tratado irá en detrimento de las obligaciones que las Partes Contratantes tengan entre sí en virtud del WPPT, o de la Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961.*

Este párrafo contiene una cláusula de salvaguarda del WPPT y de la Convención de Roma, tomada del art. 2.2 del Acuerdo sobre los ADPIC<sup>1708</sup>, y cuyo propósito es evitar posibles conflictos en la implementación de los distintos instrumentos de los que un mismo país sea parte.

Esta cláusula tiene por objeto evitar el desarrollo autónomo de los distintos tratados, dejando sentado que todos ellos se integran en una misma estructura legal de mínimos. Por lo tanto, las disposiciones del Tratado de Beijing no podrán ir en detrimento de las obligaciones asumidas por aquellos países que al mismo tiempo son parte contratante de cualquier otro instrumento de dicha estructura – Convención de Roma y WPPT, en relación con la protección internacional de los artistas intérpretes o ejecutantes.

---

<sup>1707</sup> Refiriéndose a la Resolución relativa a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, adoptada el 20 de diciembre de 1996 por la Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos.

<sup>1708</sup> Ninguna disposición del presente Acuerdo irá en detrimento de las obligaciones que los Miembros puedan tener entre sí en virtud del Convenio de París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados.

Ahora bien, es preciso advertir que el art. 1.1 del Tratado de Beijing se refiere a las “obligaciones” que las Partes Contratantes tengan entre sí en virtud de los demás tratados (en este caso, la Convención de Roma y el WPPT). Es decir, esta cláusula únicamente afecta a las disposiciones que establecen “obligaciones” para las Partes Contratantes, que con carácter general son aquellas referidas al contenido sustantivo de la protección (derechos reconocidos), así como a los beneficiarios y duración de la misma; pues el resto de disposiciones, generalmente tendentes a limitar dicha protección (limitaciones y excepciones), son de carácter facultativo para las Partes Contratantes.

Por su parte, el segundo párrafo del art. 1 contiene la misma cláusula de “salvaguarda del derecho de autor” que encontramos en el art. 1 de la Convención de Roma<sup>1709</sup>, y cuyo origen lo encontramos en la desconfianza inicial con la que los representantes de los autores acogieron la idea de reconocer, a nivel internacional, los denominados derechos conexos o afines [a los del autor], por varios motivos, pero principalmente por su temor al impacto que estos nuevos derechos pudieran llegar a tener en su esfera jurídica. Efectivamente, los autores no veían con buenos ojos la posible yuxtaposición de facultades sobre una misma obra, pues hasta entonces únicamente el autor podía disponer de su obra [autorizando o prohibiendo su uso, fundamentalmente], facultad que, sin embargo, habrían de compartir con los artistas que la interpretan o ejecutan. Y ello, a juicio de los autores, podría afectar negativamente a su situación jurídica como titulares del derecho de autor.

Esta es la razón de ser de este párrafo que, por otra parte, y cincuenta años después, se antoja innecesario –sobre todo si tenemos en cuenta que, en realidad, el objeto de protección es distinto en el caso del derecho de autor (la obra) que en de los derechos conexos (la interpretación artística), de tal suerte que, en un plano estrictamente teórico, dicha yuxtaposición no existe. Si se da, sin embargo, a nivel práctico, con una serie de repercusiones que dicha cláusula de salvaguarda no puede evitar.

En todo caso, y dicho cuanto antecede en relación con el objeto (y origen) de dicho párrafo, cumple recordar, no obstante, que en modo alguno proclama la supremacía del derecho de autor sobre los derechos conexos –como algunas voces, interesadamente, parecen sugerir. De hecho, tal y como señala MASOUYÉ<sup>1710</sup>, “el tenor mismo de algunas disposiciones de la Convención

---

<sup>1709</sup> *La protección prevista en la presente Convención dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Por lo tanto, ninguna de las disposiciones de la presente Convención podrá interpretarse en menoscabo de esa protección.*

<sup>1710</sup> MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma*, óp. cit., pág. 20.



demuestra que los derechos *conexos* no son necesariamente de categoría inferior a la de los derechos de los autores. Así, otorga a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión los derechos de autorizar o prohibir, respectivamente, la reproducción de los fonogramas y la retransmisión de las emisiones. El Convenio de Berna es menos categórico: de acuerdo con él, el derecho exclusivo reconocido al autor en esas esferas puede ser reemplazado por regímenes de licencias obligatorias [aquellos casos en los que el autor no puede negarse a conceder la autorización, si bien mantiene la capacidad de negociar las condiciones económicas de la misma]”.

Esta disposición ha sido tradicionalmente interpretada por autores y legisladores como declarativa de la independencia de los derechos conexos con respecto del derecho de autor, sin que se establezcan jerarquías entre ellos.

De modo más tajante, si cabe, recuerda FICSOR<sup>1711</sup> que el art. 1 de la Convención de Roma se reproduce literalmente en el art. 1.2 del WPPT (y del Tratado de Beijing), al que acompaña una declaración concertada<sup>1712</sup> “con el fin de recalcar con mucha claridad que sería equivocado considerar que existe alguna relación de superioridad o dependencia entre el derecho de autor y los derechos conexos”.

Finalmente cumple advertir que a pesar de haberse decidido que el nuevo Tratado no iba a ser un Protocolo del WPPT, se decidió mantener el tercer y último apartado del art. 1<sup>1713</sup>, a cuya virtud el Tratado de Beijing únicamente tiene conexión [no se dice cuál] con el WPPT – disposición que evidentemente había sido concebida para el caso de que este nuevo instrumento finalmente fuera un Protocolo del WPPT. Ello motivó la introducción de la siguiente declaración concertada relativa a este precepto: *Queda entendido que nada de lo dispuesto en el presente Tratado afecta a cualesquiera derechos u obligaciones previstos en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) o a su interpretación, y queda entendido asimismo que el párrafo 3 no obliga a una Parte Contratante del presente Tratado a ratificar o adherirse al WPPT o a cumplir ninguna de sus disposiciones.*

---

<sup>1711</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, óp. cit., pág. 139.

<sup>1712</sup> Declaración concertada respecto del Art. 1(2) [WPPT]: *Queda entendido que el Art. 1(2) aclara la relación entre los derechos sobre los fonogramas en virtud del presente Tratado y el derecho de autor sobre obras incorporadas en los fonogramas. Cuando fuera necesaria la autorización del autor de una obra incorporada en el fonograma y un artista intérprete o ejecutante o productor propietario de los derechos sobre el fonograma, no dejará de existir la necesidad de la autorización del autor debido a que también es necesaria la autorización del artista intérprete o ejecutante o del productor, y viceversa.*

<sup>1713</sup> *El presente Tratado no tendrá conexión alguna con otros tratados, a excepción del WPPT, ni perjudicará derecho u obligación alguna en virtud de cualquier otro tratado.*

A juicio de FICSOR, “esta declaración concertada establece lo obvio y, por lo tanto, podría decirse que no habría sido verdaderamente necesaria. Sin embargo, hay un aspecto de la declaración concertada que ofrece una clarificación necesaria y útil; concretamente que no solo ninguno de los derechos y obligaciones previstos en el WPPT (y podemos añadir, debido a la similitud de muchas de las disposiciones de los dos Tratados de 1996, el Tratado OMPI de Derecho de Autor WCT) se ven afectados por nada en el nuevo Tratado, sino que también es así en relación con la interpretación de tales derechos y obligaciones”<sup>1714</sup>.

El art. 1.3 del Tratado de Beijing viene acompañado, además, por otra declaración concertada, del siguiente tenor: *Queda entendido que las Partes Contratantes que son miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) reconocen todos los principios y objetivos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) y entiende que nada de lo dispuesto en el presente Tratado afecta las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, incluidas, aunque sin limitarse a ellas, las disposiciones sobre prácticas anticompetitivas.*

Siendo un hecho evidente que la propiedad intelectual ha adquirido un protagonismo destacado en la economía mundial, convirtiéndose en un elemento esencial del comercio global, determinadas delegaciones estimaron necesario recordar que los distintos instrumentos internacionales que se adopten en este ámbito han de velar por la salvaguarda de ciertos derechos socio-económicos y culturales de los pueblos, tales como la educación, la protección y preservación del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, la diversidad cultural, el acceso a la salud pública, etc.

Por este motivo, entendemos, se indica la necesidad de que las Partes Contratantes (al menos aquellas que son parte de la Organización Mundial del Comercio) reafirmaran en el Tratado de Beijing su compromiso con los objetivos y principios previstos en los arts. 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC<sup>1715</sup>, especialmente en relación con la protección de los conocimientos

---

<sup>1714</sup> FICSOR, Mihály, *Tratado de Beijing*, óp. cit.

<sup>1715</sup> Art. 7.- Objetivos:

*La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.*

Art. 8.- Principios:

1. Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo.

2. Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.

tradicionales y el folclore, así como por un control más exhaustivo de las prácticas anticompetitivas en la concesión de licencias de los derechos de propiedad intelectual, tratando de impedir así toda restricción a la competencia que, además de tener un efecto pernicioso sobre el comercio, puede llegar a impedir el acceso de los ciudadanos a los contenidos culturales.

## **2.- DEFINICIONES, BENEFICIARIOS DE LA PROTECCIÓN QUE BRINDA EL TRATADO Y TRATO NACIONAL.**

### **2.1.- Definiciones.**

Del mismo modo que en la Convención de Roma y WPPT (arts. 3 y 2, respectivamente), el art. 2 del Tratado de Beijing contiene las definiciones de los principales términos a que se refiere dicho instrumento – y ello, según reza el propio precepto, *a los fines del presente Tratado*. Es decir, en aquellos supuestos en los que la legislación nacional (o el idioma de cada país) admita otras acepciones de los términos aquí definidos, no se tendrán en cuenta a los efectos de interpretar el Tratado, esto es, de determinar su alcance y contenido.

Son cuatro las definiciones contenidas en este artículo, a los efectos indicados, correspondiéndose con los conceptos o términos “artistas intérpretes o ejecutantes”<sup>1716</sup>, “fijación audiovisual”<sup>1717</sup>, “radiodifusión”<sup>1718</sup> y “comunicación al público”<sup>1719</sup>. Es decir, únicamente se definen los sujetos protegidos por el Tratado, los soportes o medio que incorporan las interpretaciones artísticas (objeto de protección) de aquéllos, así como dos concretos actos de explotación de tales interpretaciones.

---

<sup>1716</sup> Todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore.

<sup>1717</sup> La incorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo.

<sup>1718</sup> La transmisión inalámbrica de sonidos o imágenes o de imágenes y sonidos o de las representaciones de éstos, para su recepción por el público; la transmisión por satélite también será considerada “radiodifusión”; la transmisión de señales codificadas será “radiodifusión” cuando los medios de descodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento.

<sup>1719</sup> La transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de una interpretación o ejecución no fijada, o de una interpretación o ejecución fijada en una fijación audiovisual. A los fines del art. 11, la “comunicación al público” incluye el hecho de lograr que una interpretación o ejecución fijada en una fijación audiovisual pueda ser oída o vista, u oída y vista, por el público.

En cuanto al significado y alcance del primero, nos remitimos al epígrafe correspondiente de este mismo trabajo<sup>1720</sup>, si bien cumple dejar advertido que esta definición está acompañada, en el Tratado de Beijing, de una declaración concertada.

La primera de ellas nos dice que, la definición de “artista intérprete o ejecutante” incluye a aquellas personas *que interpreten o ejecuten obras literarias o artísticas que han sido creadas o fijadas por primera vez durante la interpretación o ejecución*, dejando con ello sentado que las improvisaciones también están amparadas por el Tratado, cuyas disposiciones alcanzan igualmente a aquellos artistas intérpretes o ejecutantes que, con su actuación [improvisación], crean una obra. Es decir, no es requisito que las modalidades de actuación previstas en el art. 2.a) estén referidas a una obra literaria o artística preexistente.

La segunda definición, relativa a la “fijación audiovisual”, viene a reforzar, junto con la declaración concertada relativa al art. 2.b) del WPPT – en los términos que veremos a continuación – la delimitación de los respectivos ámbitos del WPPT y del Tratado de Beijing.

Así, y tal y como se dice en los comentarios a la Propuesta Básica debatida en 2000<sup>1721</sup>, la estructura de la definición de “fijación audiovisual” contenida en el art. 2.b) del Tratado de Beijing está basada en la definición de *fijación* contenida en el art. 2.c) WPPT<sup>1722</sup>. Siendo los elementos técnicos [*incorporación (...) a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo*] los mismos en una y otra definición, la característica esencial que las distingue es el objeto de incorporación. Así, mientras que el WPPT se refiere a fijaciones exclusivamente sonoras (incorporación de sonidos o de representación de sonidos), el Tratado de Beijing se refiere a *imágenes en movimiento*, con independencia de que aparezcan acompañadas de sonidos o de la representación de éstos.

La delimitación de sus respectivos objetos, tanto de las definiciones de *fijación* y de *fijación audiovisual*, como de los propios instrumentos que las recogen (WPPT y Tratado de Beijing), queda patente, como hemos dicho, en las dos declaraciones concertadas.

---

<sup>1720</sup> Vid. Capítulo II.

<sup>1721</sup> Nota 2.05, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

<sup>1722</sup> *La incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo.*

La primera de ellas formulada en relación con el art. 2.b) del WPPT, que define *fonograma* como toda fijación de sonidos, o de representación de sonidos, siempre y cuando no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual<sup>1723</sup>. Es decir, los sonidos fijados por primera vez en una obra cinematográfica o audiovisual no son un fonograma y, por tanto, aún cuando los mismos representen una interpretación o ejecución, escapan del ámbito de protección del WPPT.

A este respecto, y habida cuenta que la incorporación de fonogramas en obras cinematográficas o audiovisuales (v.gr., la banda sonora) es una práctica habitual, la exclusión prevista en el art. 2.b) del WPPT motivó la inclusión de una declaración concertada, aclarando que los derechos sobre un fonograma no se ven afectados por la incorporación de éste en una obra cinematográfica u otra audiovisual.

El significado de esta declaración concertada puede verse desde dos ángulos. Así, desde el primero de ellos el fonograma preexistente que se incorpora a una obra cinematográfica o audiovisual seguirá siendo objeto de protección por el WPPT en tanto en cuanto sea objeto de explotación autónoma e independiente de dicha obra cinematográfica o audiovisual – así, por ejemplo, en el caso de un fonograma publicado con fines comerciales con anterioridad a la producción de la obra cinematográfica o audiovisual al que se incorpora. Desde esta perspectiva, la explotación de la obra cinematográfica o audiovisual que incorpora un fonograma no genera a favor de los titulares de este último los derechos reconocidos por el Tratado Beijing<sup>1724</sup> - sin perjuicio, obviamente, de que la autorización o licencia para la incorporación de ese fonograma a la obra audiovisual suponga, de hecho, el ejercicio de los derechos exclusivos previstos en el WPPT<sup>1725</sup>.

El segundo ángulo, relacionado con el anterior, es el que señala FICSOR<sup>1726</sup> al recordar que dicha declaración concertada significa, además, “que los fonogramas sólo pueden utilizarse en dichas obras [cinematográficas o audiovisuales] a partir de arreglos contractuales adecuados,

---

<sup>1723</sup> Conforme al art. 2.b) del WPPT, un *fonograma* es toda *fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual*.

<sup>1725</sup> Este efecto resulta obvio, toda vez que si se admitiera que el fonograma incluido en una obra cinematográfica o audiovisual está incluido en el ámbito del WPPT, se llegaría a una situación tan absurda como aquella en la que, además de recibir la retribución pactada con el productor de la obra cinematográfica o audiovisual en concepto de licencia [para la incorporación del fonograma en dicha obra], el productor de dicho fonograma pudiera reclamar, con ocasión de su radiodifusión o comunicación pública, un segundo pago, más concretamente el previsto en el art. 15 WPPT (remuneración equitativa y única) – y ello obviando que dicho derecho de remuneración está referido a la comunicación pública de fonogramas, no de obras cinematográficas o audiovisuales.

<sup>1726</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 242.

teniendo en cuenta debidamente los derechos de los productores de fonogramas previstos en el Tratado [WPPT]”; en otras palabras: que la incorporación de un fonograma en una obra cinematográfica o audiovisual es un acto de explotación [del fonograma] previsto en el WPPT y, por tanto, sujeto al régimen de autorización correspondiente.

En definitiva, la declaración concertada al art. 2.b) WPPT significa que las interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma (así como el productor de éste) seguirán gozando de protección cuando el objeto de explotación es el fonograma o la fijación exclusivamente sonora, y no la obra cinematográfica o audiovisual al que pudiera haberse incorporado.

La segunda declaración concertada a este respecto, y que ratifica lo expuesto *ut supra*, es la formulada al art. 2.b del Tratado de Beijing: *Queda confirmado que la definición de “fijación audiovisual” que figura en el art. 2.b) no irá en detrimento de lo dispuesto en el art. 2.c) del WPPT.*

Es decir, cuando se incorporen sonidos, o la representación de éstos, a una fijación de imágenes en movimiento, el resultado seguirá siendo una *fijación audiovisual*; y viceversa, cuando el objeto de incorporación sean únicamente sonidos, o la representación de éstos, el resultado será una fijación sonora, más concretamente, un fonograma.

En cuanto a los elementos concretos de la definición, ya en los comentarios a la Propuesta Básica de 2000 se advertía que la expresión *imágenes en movimiento* debía interpretarse en un “sentido amplio que abarque cualquier material visual capaz de transmitir una impresión de movimiento”<sup>1727</sup>. La impresión de movimiento es, pues, un elemento esencial para poder calificar a la fijación de *audiovisual* a los efectos del Tratado de Beijing. De este modo, una secuencia de imágenes que no transmitan una impresión de movimiento será, en su caso, una colección de obras plásticas o fotográficas, pero no una fijación audiovisual.

Los elementos técnicos de la definición de Beijing son, decíamos, la incorporación (de las imágenes en movimiento) a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo.

---

<sup>1727</sup> Nota 2.05, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

La expresión *incorporar* tiene un significado amplio, pues incluye tanto la grabación o [primera] fijación de las imágenes (con o sin sonido), como cualquier adición posterior, ya sea de imágenes y/o de sonido, todo ello con independencia del medio o soporte empleado. En este sentido cabe interpretar, en el mismo sentido que el previsto en el WPPT y de acuerdo con FICSOR, que al no indicar la norma qué tipo de incorporación puede ser pertinente, parece justificado interpretarla en el sentido de cualquier tipo de forma material, incluido el almacenamiento o reproducción digital<sup>1728</sup>.

Siendo ello así, es necesario advertir que el objeto de protección del Tratado de Beijing no es la fijación audiovisual, sino las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales que se incorporen a la misma. No en vano, una misma fijación audiovisual puede incorporar otros contenidos protegidos por otros instrumentos (*v.gr.*, el Convenio de Berna), como por ejemplo una obra cinematográfica o audiovisual.

El segundo elemento técnico de la definición viene dado por la necesidad de que tal incorporación [de imágenes en movimiento] permita su percepción, reproducción y comunicación mediante un dispositivo. De estos tres conceptos nos detendremos únicamente en el de reproducción, que no aparece definida en este tratado. FICSOR<sup>1729</sup> nos recuerda que el WPPT tampoco contenía definición alguna de *reproducción*, y que las notas o comentarios a la Propuesta Básica debatida entonces (1996) señalaron que no se había propuesto dicha definición por la sencilla razón de que el significado de dicho término aparecía desarrollado en los arts. 7 y 14. No es cierto que tales preceptos definieran qué ha de entenderse por *reproducción*<sup>1730</sup>, si bien, como indica FICSOR, “pese a que estos artículos no se adoptaron finalmente, las características principales del concepto *reproducción* están suficientemente claras en virtud del Art. 9 del Convenio de Berna, junto con su *historial de negociaciones* reflejado debidamente en las actas de las diversas conferencias de revisión (...) En los Arts. 7 y 11 del WPPT, sobre el derecho de reproducción, se ha adoptado fundamentalmente el lenguaje del Art. 9 del Convenio de Berna”. Lo mismo puede decirse en relación con el Tratado de Beijing y su art. 7<sup>1731</sup>.

---

<sup>1728</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 242.

<sup>1729</sup> *Ibid.*, pág. 242.

<sup>1730</sup> Los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 7 WPPT) / los productores de fonogramas (art. 11 WPPT) *gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta* de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas (art. 7 WPPT) / de sus fonogramas (art. 11 WPPT), *por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma*.

<sup>1731</sup> *Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma*.

Por último, y en relación con las definiciones de “radiodifusión” y “comunicación al público”, contenidas en los apartados c) y d), respectivamente, del art. 2, dejar sentada la diferencia sustancial entre una y otra forma de explotación conforme al Tratado de Beijing.

Así, y en esencia, la “radiodifusión”, conforme al precitado art. 2.c), es la *transmisión inalámbrica*, incluida la transmisión por satélite, *para su recepción por el público*; mientras que la “comunicación al público” es la *transmisión al público por cualquier medio que no sea la radiodifusión* –la transmisión por hilo, cable, fibra óptica o cualquier procedimiento análogo, así como cualquier transmisión, inalámbrica o no, destinada a ser captada por un grupo determinado de personas (transmisión en lugar accesible al público, por ejemplo<sup>1732</sup>).

Efectivamente, el Tratado de Beijing emplea la misma definición de “radiodifusión” que el WPPT en su art. 2.f), que, a su vez, adopta la definición del art. 3.f) de la Convención de Roma, debidamente modernizada. Efectivamente, esta última convención definía la radiodifusión [en realidad, la “emisión”]<sup>1733</sup> como *la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público*. El art. 2.f) WPPT actualiza esta definición adaptándola a las nuevas formas de radiodifusión, mediante la inclusión de la transmisión por satélite y la transmisión de señales codificadas, fórmula que ha permanecido en el Tratado de Beijing – si bien el objeto de transmisión difiere en uno y otro instrumento. Así, mientras que la radiodifusión, a los efectos del WPPT [y de la Convención de Roma], está referida a la transmisión inalámbrica *de sonidos o de imágenes y sonidos*, conforme al Tratado de Beijing se trata de la transmisión *de sonidos o imágenes o de imágenes y sonidos*, es decir, se añaden las imágenes, sin sonido, como posible objeto de transmisión.

Entendemos que con la nueva fórmula se perseguía una mayor sintonía entre las definiciones de “radiodifusión” y de “fijación audiovisual”, toda vez que esta última puede no incorporar sonido alguno. Por tanto, resulta técnicamente más correcto, a estos efectos, incluir la transmisión de imágenes (sin sonidos) como una modalidad más de radiodifusión. Ello hubiera sido igualmente

---

<sup>1732</sup> MASOUYÉ distingue entre la “transmisión para su recepción por el público” (radiodifusión) y la “transmisión al público” (comunicación pública), indicando que mientras la primera está destinada a un público general, indeterminado, la segunda está dirigida a un grupo más o menos amplio, pero igualmente concreto, de personas, y concluye afirmando que “las emisiones de radiodifusión destinadas a ser captadas por una sola persona o por un grupo bien delimitado (buques en la mar, aviones en vuelo, taxis que circulan por una ciudad, etcétera) no tienen la consideración de *emisiones* [radiodifusión]” -MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma*, *óp. cit.*, pág. 30.

<sup>1733</sup> A los efectos de la Convención de Roma, del WPPT y del Tratado de Beijing, los conceptos de *emisión* y *radiodifusión* son equivalentes. Así, no sólo son definidos en términos sustancialmente idénticos por los tres instrumentos, sino que, además, en la versión inglesa de tales tratados se emplea el mismo concepto, *broadcasting* (radiodifusión), referido al mismo acto, *the transmission by wireless means* (la transmisión por medios inalámbricos), mientras que en las versiones española y francesa de la Convención de Roma se emplean los términos *emisión* y *émission de radiodiffusion*, respectivamente, referidos a la *difusión inalámbrica* y a la *diffusion (...) par le moyen des ondes radioélectriques*, y, en el WPPT, la *radiodifusión* y *radiodiffusion*, referidos a la *transmisión inalámbrica* y a la *transmission sans fil*.



correcto tanto en la Convención de Roma como en el WPPT, toda vez que, pese a no definir *fijación audiovisual*, ni reconocer derecho alguno a los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus actuaciones incorporadas en una fijación audiovisual [más bien lo contrario, *ex. art. 19* Convención de Roma], ambos instrumentos reconocen a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la radiodifusión de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas (arts. 7.1 Convención de Roma y 6 WPPT), incluidas aquellas que no incorporan sonido alguno – por ejemplo la actuación de un mimo. Por tanto, y conforme a los arts. 7.1 Convención de Roma y 6 WPPT, el artista intérprete o ejecutante tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la radiodifusión de su actuación muda o no sonora, en tanto en cuanto aún no haya sido fijada. Dicha radiodifusión supondría la transmisión inalámbrica de imágenes sin sonidos, y el hecho de que la definición de radiodifusión, en tales instrumentos, no incluya expresamente la transmisión de imágenes no impide la obligación de dispensar la protección indicada.

Conforme a esta definición, además, la transmisión ha de llevarse a cabo *para su recepción por el público*, lo cual significa, según dice MASOUYÉ, “que las emisiones de radiodifusión destinadas a ser captadas por una sola persona o por un grupo bien delimitado (buques en la mar, aviones en vuelo, taxis que circulan por una ciudad, etcétera) no tienen la consideración de ‘emisiones’ a estos efectos”<sup>1734</sup>.

Esta exclusión de las emisiones o transmisiones realizadas para su recepción por un grupo delimitado de personas justifica la definición, tanto en el WPPT como en el Tratado de Beijing, de la comunicación al público como acto de explotación distinto a la radiodifusión – consistente en la transmisión al público, *por cualquier medio que no sea la radiodifusión* (arts. 2.g WPPT y 2.d Tratado de Beijing). La comunicación al público así definida comprendería, entre otros actos de explotación, la transmisión por hilo, cable, fibra óptica o cualquier procedimiento análogo, la transmisión en lugar accesible al público, etc.

A la vista de lo anterior cabría preguntarse si la retransmisión, que no aparece definida en el Tratado de Beijing (ni en el WPPT), es una forma de radiodifusión o de comunicación al público. Según el art. 3.g) de la Convención de Roma, la retransmisión es *la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión*. Así definida, y conforme a los comentarios en la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas del WPPT (debatida en 1996), *retransmisión es radiodifusión* y, puesto que en la retransmisión el

---

<sup>1734</sup> MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma*, *óp. cit.*, pág. 30.

contenido pertinente ya ha sido radiodifundido, *no parece necesario importar la definición de la Convención de Roma*<sup>1735</sup>.

Lo anterior entra en clara contradicción con la definición de radiodifusión en el WPPT y en el Tratado de Beijing, al menos en aquellos casos en los que la retransmisión es llevada a cabo por hilo, cable, fibra óptica o cualquier procedimiento análogo, es decir, cuando no es inalámbrica.

En cualquier caso, ya sea radiodifusión o comunicación al público, lo cierto es que la retransmisión como tal (*v.gr.*, la emisión simultánea e inalterada de otra emisión, llevada a cabo por un organismo de radiodifusión distinto al de origen) no está excluida en el art. 11 del Tratado de Beijing, que, como tendremos ocasión de ver, reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo a autorizar la radiodifusión y la comunicación al público (en cualquiera de sus modalidades) de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – pudiendo las Partes Contratantes disponer en sus legislaciones nacionales un derecho de remuneración en lugar del derecho exclusivo.

Por su parte, la definición de “comunicación al público” es idéntica, tanto en su estructura como en su contenido, a la ofrecida por el art. 2.g) WPPT – con la única [y obvia] salvedad de que mientras este último se refiere a los sonidos de la interpretación o ejecución (no fijados, o fijados en un fonograma) como objeto de comunicación al público, el art. 2.d) del Tratado de Beijing se refiere a las interpretaciones o ejecuciones (no sólo a sus sonidos), ya sean en vivo o fijadas en una fijación audiovisual.

Del mismo modo que en el WPPT, la definición de *comunicación al público* se divide en dos partes: la primera define el acto, y la segunda aclara el alcance de dicha definición en relación con el derecho (ya sea exclusivo o de remuneración) reconocido a los artistas intérpretes o ejecutantes en conexión con tal acto de explotación.

Así, conforme al art. 2.d), la *comunicación al público* consiste en la transmisión al público de la interpretación o ejecución, en vivo o fijada en una fijación audiovisual, por cualquier medio que no sea la radiodifusión. Por tanto, la transmisión de la interpretación o ejecución por hilo, cable, fibra óptica o cualquier procedimiento análogo (no inalámbrico) es un acto de *comunicación al*

---

<sup>1735</sup> Nota 2.23, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas del Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas – documento OMPI CRNR/DC/5, de 30 de agosto de 1996, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/cnr\\_dc/cnr\\_dc\\_5.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/cnr_dc/cnr_dc_5.pdf)

*público*, así como cualquier transmisión, inalámbrica o no, destinada a ser captada por un grupo determinado de personas (transmisión en lugar accesible al público, por ejemplo).

En definitiva, esta definición cubre todas las formas de transmisión – salvo aquellas llevadas a cabo por medios inalámbricos destinadas a ser captadas por el público en general (radiodifusión) – cuando el destinatario no está presente en el lugar en que se realiza la interpretación o ejecución, o cuando la fijación audiovisual de ésta se utiliza para iniciar la transmisión.

Conforme las notas de la Propuesta Básica de 2000, “la definición [de comunicación al público] también abarca todas las retransmisiones por hilo de cualquier otra transmisión”<sup>1736</sup>. Esta aclaración se antojaba necesaria, e incluso quizás hubiese sido deseable que constara en el texto del Tratado, si quiera a modo de declaración concertada, habida cuenta la confusión sentada por la nota anteriormente comentada en relación con la ausencia de definición de *retransmisión* en el WPPT – según las notas de la Propuesta Básica del WPPT, como hemos visto, “retransmisión es radiodifusión”<sup>1737</sup>. Nótese, en todo caso, que la única retransmisión que abarcaría la definición de “comunicación al público” sería la llevada a cabo por hilo (y por cualquier otro procedimiento análogo, no inalámbrico), de tal suerte que la retransmisión inalámbrica sería una forma de radiodifusión – cuando esté destinada a su recepción por el público. En uno y otro caso, como se ha dicho, tal acto de explotación estaría cubierto por el art. 11 del Tratado de Beijing, que reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo a autorizar la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – pudiendo las Partes Contratantes disponer en sus legislaciones nacionales un derecho de remuneración en lugar del derecho exclusivo.

La segunda parte de la definición, como decíamos, aclara el alcance de la misma en relación con el derecho reconocido a los artistas intérpretes o ejecutantes en el citado art. 11 del Tratado, a cuyos fines, dice, la *comunicación al público* incluye el hecho de lograr que una interpretación o ejecución fijada [no en vivo] en una fijación audiovisual pueda ser oída o vista, u oída y vista, por el público sin previa distribución de dicha fijación o de ejemplares de la misma a cada integrante del público. Ello incluye, por ejemplo, la exhibición cinematográfica o la proyección en un lugar abierto al público, de una interpretación o ejecución fijada en una fijación

---

<sup>1736</sup> Nota 2.07 en la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

<sup>1737</sup> Nota 2.23, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas del Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas – documento OMPI CRNR/DC/5, de 30 de agosto de 1996, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/crn/dc/crn\\_dc\\_5.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/crn/dc/crn_dc_5.pdf)

audiovisual – así, la cinta en la sala de exhibición cinematográfica, el DVD en un autobús, o cualquier otro soporte empleado con fines análogos.

Por último, y aclarado que la retransmisión (no inalámbrica) es *comunicación al público*, resta ahora determinar si la puesta a disposición es igualmente una forma de comunicación al público – especialmente habida cuenta que conforme al art. 2, la transmisión al público por cualquier medio que no sea la radiodifusión es comunicación al público.

La ausencia de definición de la puesta a disposición – en el art. 2 –, unida a la amplitud de los supuestos subsumibles en la comunicación al público, podría dar cabida a interpretar que, efectivamente y del mismo modo que sucede con la retransmisión, la puesta a disposición es comunicación al público.

Si bien podría admitirse que entre uno y otro acto existe una relación de género a especie, siendo la especie la comunicación al público, y el género la puesta a disposición, lo cierto es que la definición contenida en el art. 2 no incluye a esta última.

Efectivamente, según consta en las notas a la Propuesta Básica de 2000, “el concepto de ‘comunicación’ en los tratados mencionados sobre derechos conexos [Convención de Roma, WPPT y, ahora, Tratado de Beijing] no se extiende a la puesta a disposición del público”, lo que explica el reconocimiento de este derecho de puesta a disposición de manera independiente del de radiodifusión y comunicación al público (arts. 10 y 11, respectivamente). Además, y según las mismas notas, el art. 10, al reconocer a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas, incluye una descripción de dicho acto de explotación, “por consiguiente, no es necesario definirlo separadamente”<sup>1738</sup>.

## **2.2.- Beneficiarios de la protección que brinda el Tratado.**

El art. 3 del Tratado de Beijing<sup>1739</sup> establece el criterio conforme al cual un artista intérprete o ejecutante puede reclamar en otro país la protección prevista en el Tratado – que no ha de

---

<sup>1738</sup> Notas números 2.09 y 2.10 en la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

<sup>1739</sup> 1. *Las Partes Contratantes concederán la protección prevista en virtud del presente Tratado a los artistas intérpretes o ejecutantes que sean nacionales de otras Partes Contratantes.*

coincidir necesariamente con la protección prevista en la legislación interna de dicho país. No debe confundirse, pues, la obligación de cada Parte Contratante de conceder a los artistas intérpretes o ejecutantes extranjeros la protección prevista en el Tratado (art. 3), con la de dispensarles la protección prevista en su legislación interna o, en otras palabras, la de reconocerles el mismo trato que a sus propios nacionales (*trato nacional*).

El art. 3 del Tratado regula, en definitiva, los *puntos de vinculación o arraigo* que determinan la obligación de las Partes Contratantes de otorgar un nivel mínimo de protección [el del Tratado] a los artistas intérpretes o ejecutantes extranjeros, cuando éstos cumplan con alguno de tales puntos o criterios.

Nótese que nos referimos a artistas intérpretes o ejecutantes *extranjeros*, en este caso nacionales de, o con residencia habitual en, otras Partes Contratantes. A este respecto, ya en la Conferencia Diplomática de Roma sobre la protección internacional de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, de 1961, se debatió si la Convención [de Roma] se aplicaría exclusivamente a *situaciones de carácter internacional* o también a *situaciones nacionales*, es decir, si una Parte Contratante debía aplicar dicha Convención únicamente a los artistas intérpretes o ejecutantes extranjeros, o si debía hacerlo también a los nacionales. Finalmente se estimó, creemos que con gran acierto, que la cuestión carecía de relevancia, al menos en la práctica, ya que no era probable entonces, y tampoco lo es hoy, que un Estado no dispense a sus propios nacionales al menos la misma protección que otorgue a los extranjeros. Además, varias delegaciones, especialmente la de los EEUU, señalaron que las denominadas *situaciones nacionales* (la protección dispensada a sus propios nacionales) no deberían regularse en un Tratado Internacional<sup>1740</sup>.

De ello se deduce, según nos recuerda MASOUYÉ<sup>1741</sup> en relación con la Convención de Roma, pero igualmente aplicable al Tratado de Beijing, que los beneficiarios de ambos instrumentos tienen derecho a invocarlos en las Partes Contratantes distintas del país al que están vinculados como nacionales [con arreglo a los criterios de vinculación o arraigo establecidos en los mismos instrumentos], esto es, en el extranjero, “pero esos beneficiarios no pueden invocar la

---

2. A los fines de la aplicación del presente Tratado, los artistas intérpretes o ejecutantes que no sean nacionales de una de las Partes Contratantes, pero que tengan su residencia habitual en alguna de ellas, quedarán asimilados a los nacionales de dicha Parte Contratante.

<sup>1740</sup> Informe del relator principal, en las *Actas de la Conferencia Diplomática sobre la protección internacional de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión*, publicadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y las Oficinas Internacionales Reunidas de la Propiedad Intelectual (BIRPI), Brujas 1967, pág. 45.

<sup>1741</sup> MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma*, *óp. cit.*, pág. 32.

Convención cuando las actividades que les perjudican tienen lugar en el territorio del Estado al que están vinculados con arreglo a las disposiciones convencionales, ya que en tal caso estamos en presencia de una situación nacional, a la que únicamente es aplicable la legislación nacional”.

Los criterios de vinculación o arraigo adoptados en Beijing son, en realidad, muy sencillos, y se reducen a uno sólo: la nacionalidad del artista intérprete o ejecutante, a la que se asimila, a estos efectos y a mayor abundamiento, el lugar de su residencia habitual – en el caso de que la nacionalidad del sujeto no determine su condición de beneficiario, pero la de su residencia habitual sí.

### 2.3.- Trato nacional.

Establecidos los criterios conforme a los cuales un artista intérprete o ejecutante puede reclamar en otro país la protección prevista en el Tratado (art. 3), el art. 4 del Tratado de Beijing<sup>1742</sup> establece el alcance concreto de la obligación que a este respecto pesa sobre las distintas Partes Contratantes – de dispensar protección a los artistas intérpretes que cumplan con alguno de los requisitos de elegibilidad previstos en el art. 3.

En otras palabras: mientras el art. 3 determina quién es el *beneficiario* de la protección, el art. 4 establece el contenido mínimo de dicha protección, es decir, qué derechos concretos ha de tener reconocidos, y con qué alcance.

A este respecto, y en relación con la ley aplicable a los derechos de propiedad intelectual, rige casi sin excepción el principio de territorialidad, más concretamente el criterio de la *lex loci protectionis*, a cuya virtud la ley aplicable viene dada por el país en el que se reclama la protección – que generalmente será aquél en el que tiene lugar la explotación que se pretende autorizar, o la infracción que se desea atajar o perseguir –, con independencia del país de origen de la obra o prestación y, más concretamente, de los derechos reconocidos en tal país (*lex originis*).

---

<sup>1742</sup> 1. Cada Parte Contratante concederá a los nacionales de otras Partes Contratantes el trato que concede a sus propios nacionales en relación con los derechos exclusivos previstos específicamente en el presente Tratado, y el derecho a una remuneración equitativa previsto en el art. 11 del presente Tratado.

2. Una Parte Contratante estará facultada para limitar el alcance y la duración de la protección que concede a los nacionales de otra Parte Contratante, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1, en relación con los derechos contemplados en los párrafos 1 y 2 del art. 11 del presente Tratado, a los derechos de que gozan sus propios nacionales en esa otra Parte Contratante.

3. La obligación prevista en el párrafo 1 no será aplicable a una Parte Contratante en la medida en que otra Parte Contratante haga uso de las reservas permitidas en virtud de lo dispuesto en el art. 11.3 del presente Tratado, y tampoco será aplicable a una Parte Contratante en la medida en que haya hecho una reserva de esa índole.

Esta circunstancia [el principio de territorialidad que rige la determinación de la ley aplicable], unida a la evidente contradicción existente entre el carácter transfronterizo de las obras e interpretaciones objeto de propiedad intelectual en el contexto de un mercado cada vez más globalizado, así como a la aparición de nuevas formas de explotación de los contenidos, especialmente en el sector audiovisual, ha hecho necesaria, desde finales del Siglo XIX y hasta nuestros días, la negociación de un número de tratados internacionales en la materia – incluido el de Beijing.

Estos instrumentos no sólo establecen una base armonizada de carácter internacional, tanto en lo que respecta a los derechos reconocidos, como a los actos de explotación derivados de la innovación tecnológica, sino que además vienen a facilitar la explotación transfronteriza de las obras e interpretaciones, permitiendo a sus titulares reclamar la protección sustantiva de sus derechos en otros países.

De esta manera, los tratados multilaterales, a partir del Convenio de Berna, prevén la fórmula del *trato nacional*, a cuya virtud cada Parte Contratante está obligada a dispensar a los titulares nacionales de las demás Partes Contratantes el mismo trato que a sus propios nacionales, ya sea en relación con todos los derechos previstos en su legislación interna, o limitada a aquellos derechos que configuran el nivel mínimo de protección de cada instrumento.

Beijing no iba a ser una excepción a este respecto, como tampoco lo fue el WPPT, y su art. 4 perfila la obligación que pesa sobre las Partes Contratantes de conceder a los nacionales de otras Partes Contratantes ese *trato nacional*, si bien *limitado*, cuyo antecedente más inmediato, en relación con los derechos conexos, lo encontramos en el art. 4 del WPPT<sup>1743</sup> – que, a su vez, se inspira en el art. 2.2 de la Convención de Roma<sup>1744</sup>, y en el art. 3.1 del Acuerdo sobre los ADPIC<sup>1745</sup>.

Efectivamente, la obligación de conceder trato nacional a los artistas intérpretes o ejecutantes nacionales de otras Partes Contratantes se circunscribe, en esencia y conforme al art. 4.1 de

---

<sup>1743</sup> 1) Cada Parte Contratante concederá a los nacionales de otras Partes Contratantes (...) el trato que concede a sus propios nacionales respecto de los derechos exclusivos concedidos específicamente en el presente Tratado, y del derecho a una remuneración equitativa prevista en el Art. 15 del presente Tratado [radiodifusión y comunicación al público]. 2) La obligación prevista en el párrafo (1) no será aplicable en la medida en que esa otra Parte Contratante haga uso de las reservas permitidas en virtud del Art. 15(3) del presente Tratado [a cuya virtud toda Parte Contratante podría limitar la aplicación, o incluso no aplicar, las disposiciones relativas al derecho de remuneración por la radiodifusión o comunicación al público].

<sup>1744</sup> El “mismo trato que a los nacionales” estará sujeto a la protección expresamente concedida y a las limitaciones concretamente previstas en la presente Convención.

<sup>1745</sup> En lo que concierne a los artistas intérpretes o ejecutantes (...) esta obligación [de conceder a los nacionales de los demás Miembros un trato no menos favorable que el que otorga a sus propios nacionales con respecto a la protección de las propiedad intelectual] sólo se aplica a los derechos previstos en el presente Acuerdo.

Beijing, a los derechos exclusivos previstos específicamente en el presente Tratado, y al derecho a una remuneración equitativa previsto en el art. 11 del presente Tratado. Este párrafo es lo que la Comunidad Europea denominó el “primer nivel” en materia de trato nacional, en el que la obligación de otorgar el mismo trato que a los propios nacionales es “clara y neta”<sup>1746</sup>, limitada a los derechos indicados.

Dicha obligación se ve aún más limitada en su “segundo nivel”, en la medida en que, conforme al segundo párrafo de este artículo, una Parte Contratante podrá limitar el alcance y duración de la protección que concede a los nacionales de otra Parte Contratante, en relación con los derechos contemplados en el art. 11.1) y 2) – radiodifusión y comunicación al público –, a los derechos de que gozan sus propios nacionales en esa otra Parte Contratante. Es decir, tal y como manifestó la delegación de la Comunidad Europea durante la Conferencia Diplomática de 2000, “se prevé que las Partes Contratantes puedan aplicar en determinados casos el concepto de reciprocidad sustancial”<sup>1747</sup>: el País A podrá conceder a los nacionales del País B, en relación con los derechos de radiodifusión y comunicación pública, el trato que el País B conceda a los nacionales del País A. Nótese, en todo caso, que este “segundo nivel” es optativo para las Partes Contratantes, es decir, cada una de ellas, al implementar el Tratado, podrán decidir si reconocen a los nacionales de las demás Partes Contratantes el mismo trato que a sus propios nacionales en relación con los derechos de radiodifusión y comunicación al público (primer párrafo), o si les dispensan el mismo trato que reciben sus propios nacionales en las demás Partes Contratantes en relación con tales derechos – reciprocidad material o sustancial.

Por último, el tercer párrafo del art. 4 viene a establecer un “tercer nivel”, conforme al cual cuando una Parte Contratante formule una reserva en virtud del art. 11 (limitando la aplicación, o no aplicando en absoluto, las disposiciones de sus dos primeros párrafos – derecho exclusivo y de remuneración, respectivamente, en relación con la radiodifusión y la comunicación al público), “el resultado será una obligación cero en materia de trato nacional”<sup>1748</sup>.

FICSOR dice, en relación con la disposición relativa al trato nacional en el WPPT (art. 4) que “un trato nacional que sólo significa la obligación de conceder a los nacionales de otras Partes

---

<sup>1746</sup> Actas Resumidas de la Conferencia Diplomática sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (Comisión Principal I), Ginebra, 7 a 20 de diciembre de 2000 - Documento OMPI IAVP/DC/37, de 6 de marzo de 2002, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_37.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_37.pdf)

<sup>1747</sup> Actas Resumidas de la Conferencia Diplomática sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (Comisión Principal I), Ginebra, 7 a 20 de diciembre de 2000 - Documento OMPI IAVP/DC/37, de 6 de marzo de 2002, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_37.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_37.pdf)

<sup>1748</sup> Actas Resumidas de la Conferencia Diplomática sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (Comisión Principal I), Ginebra, 7 a 20 de diciembre de 2000 - Documento OMPI IAVP/DC/37, de 6 de marzo de 2002, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_37.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_37.pdf)



Contratantes los derechos previstos específicamente en un tratado no constituye trato nacional real; se acerca más a la aplicación de la reciprocidad material sujeta a determinadas condiciones establecidas en virtud del Tratado”<sup>1749</sup>. Y lo dice con respecto a una disposición que no contiene el “segundo nivel” arriba señalado [en relación con la radiodifusión y comunicación al público, la posibilidad de que una Parte Contratante limite el alcance y duración de la protección que concede a los nacionales de otra Parte Contratante a los derechos de que gozan sus propios nacionales en esa otra Parte Contratante], sino tan sólo el “primer nivel” (art. 4.1 WPPT) u obligación de otorgar el mismo trato que a los propios nacionales limitada a los derechos exclusivos y de remuneración expresamente previstos en el Tratado, así como el “tercer nivel” (art. 4.2 WPPT) que, como se ha dicho, tiene como resultado una “obligación cero” en materia de trato nacional.

Opinamos que el art. 4 del Tratado de Beijing no establece la reciprocidad material, al menos en relación con los derechos exclusivos de fijación, reproducción, distribución, alquiler y puesta a disposición (arts. 6, 7, 8, 9 y 10, respectivamente), toda vez que para todos ellos cada Parte Contratante está obligada a conceder a los nacionales de otras Partes Contratantes el mismo trato que concede a sus propios nacionales, sin más.

Ello nos llevaría a debatir si la obligación de las Partes Contratantes se extiende, para cada derecho, a otras facultades distintas de las expresamente previstas en el Tratado, así como a los límites y excepciones que cada Parte Contratante (conforme al propio Tratado, ex. art. 13) puede haber adoptado en su legislación nacional. La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa, toda vez que el trato nacional consiste, precisamente, en dispensar a los extranjeros el mismo trato que a los propios nacionales – derechos con iguales facultades y limitaciones.

Otra cuestión que suscita la redacción del art. 4 es la de si la obligación del trato nacional incluye los derechos morales previstos específicamente en el art. 5 del mismo Tratado. En este sentido, y conforme a la literalidad del art. 4, la obligación del trato nacional lo es *en relación con los derechos exclusivos previstos específicamente en el presente Tratado, y con el derecho a una remuneración equitativa previsto en el art. 11 del presente Tratado* – todo ello con las salvedades ya comentadas, previstas en los párrafos 2 y 3 del mismo precepto.

A este respecto, en la nota 4.07 en la Propuesta Básica debatida en 2000 se hacía constar que con arreglo a las dos variantes entonces presentadas (C y D) – y, por tanto, al texto finalmente

---

<sup>1749</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, óp. cit., pág. 248.

adoptado, cuyo primer párrafo coincide literalmente con el primer párrafo de la variante D – la obligación del trato nacional se aplica igualmente a los derechos morales. Según dicha nota, la expresión “derechos exclusivos” abarca igualmente los derechos morales, recordándonos que ésta es asimismo la interpretación establecida con respecto a la misma expresión (“derechos exclusivos”) del art. 4 del WPPT.

Por tanto, la obligación de dispensar a los nacionales de otras Partes Contratantes el mismo trato que a los propios nacionales incluye al menos los derechos morales de paternidad y de integridad, en la medida en que son los derechos morales previstos específicamente en el Tratado (art. 5).

### **3.- LOS DERECHOS MORALES DEL ACTOR SEGÚN EL TRATADO DE BEIJING.**

#### **3.1.- Contextualización y delimitaciones previas.**

El primer instrumento internacional que reconoce derechos morales a los artistas intérpretes o ejecutantes es el WPPT de 1996, limitados a las interpretaciones o ejecuciones *sonoras* en directo [no fijadas] y a las fijadas en fonogramas, *ex. art. 5*<sup>1750</sup>.

El art. 5 del Tratado de Beijing<sup>1751</sup>, por su parte, y siguiendo el mismo esquema o estructura que el WPPT<sup>1752</sup>, extiende la protección del derecho moral a las interpretaciones o ejecuciones

---

<sup>1750</sup> Art. 5 WPPT.- *Derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes.*

(1) *Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación.*

(2) *Los derechos reconocidos al artista intérprete o ejecutante de conformidad con el párrafo precedente serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte Contratante en que se reivindique la protección. Sin embargo, las Partes Contratantes cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación del presente Tratado o de la adhesión al mismo, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del artista intérprete o ejecutante de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo precedente, podrán prever que algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del artista intérprete o ejecutante.*

(3) *Los medios procesales para la salvaguardia de los derechos concedidos en virtud del presente artículo estarán regidos por la legislación de la Parte Contratante en la que se reivindique la protección.*

<sup>1751</sup> 1. *Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo que atañe a sus interpretaciones o ejecuciones en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, el derecho a:*

*i) reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución; y*  
*ii) oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación, tomando debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales.*

*audiovisuales*, esto es, reconoce tales derechos a los artistas intérpretes o ejecutantes *en lo que atañe a sus interpretaciones o ejecuciones en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales*.

La diferencia entre uno y otro instrumento a este respecto hace preciso analizar, si quiera brevemente y a modo de introducción al tema que nos ocupa, qué interpretaciones o ejecuciones encuentran amparo en el art. 5 del Tratado de Beijing.

Así, en su primer párrafo se distinguen dos supuestos: las interpretaciones o ejecuciones en directo (no fijadas), y las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.

Del primero de tales supuestos [las interpretaciones o ejecuciones no fijadas *o en directo*], y conforme a la literalidad del propio precepto, podría llegar a deducirse que esta disposición ampara *toda* interpretación o ejecución no fijada, tanto si es sonora como si no, y en la medida en que es llevada a cabo por cualquier actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística, o una expresión del folclore – siguiendo la definición de artista intérprete o ejecutante contenida en el art. 2 del Tratado de Beijing.

Ahora bien, carecería de sentido que un artista intérprete o ejecutante invocara el Tratado de Beijing para reclamar la protección de su derecho moral sobre una interpretación o ejecución *sonora* en directo, toda vez que la misma está expresamente protegida por el WPPT, en los términos descritos *ut supra*. Ello, además, abunda en la tesis expuesta en torno al ámbito de protección del Tratado de Beijing, en relación con su art. 2 - más concretamente en relación con

---

2. Los derechos reconocidos al artista intérprete o ejecutante de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1, serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte Contratante en que se reivindique la protección. Sin embargo, las Partes Contratantes cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación del presente Tratado o de la adhesión al mismo no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del artista intérprete o ejecutante de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo anterior, podrán prever que algunos de esos derechos no sean mantenidos después de la muerte del artista intérprete o ejecutante.

3. Las vías de recurso para la salvaguardia de los derechos reconocidos en virtud del presente artículo estarán regidas por la legislación de la Parte Contratante en la que se reivindique la protección.

Declaración concertada relativa al artículo 5: A los efectos del presente Tratado y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro tratado, queda entendido que, habida cuenta de la naturaleza de las fijaciones audiovisuales y de su producción y distribución, las modificaciones de una interpretación o ejecución que se efectúen durante la explotación normal de la interpretación o ejecución, tales como la edición, la compresión, el doblaje, o el formateado, en medios o formatos nuevos o existentes, y que se efectúen durante el uso autorizado por el artista intérprete o ejecutante, no serán consideradas como modificaciones en el sentido del artículo 5.1.ii). Los derechos contemplados en el art. 5.1.ii) guardan relación solamente con los cambios que sean objetivamente perjudiciales de manera sustancial para la reputación del artista intérprete o ejecutante. Queda entendido también que el simple uso de tecnologías o medios nuevos o modificados, como tales, no será considerado como modificación en el sentido del artículo 5.1.ii).

<sup>1752</sup> Que, a su vez, sigue la estructura del art. 6 bis del Convenio de Berna.

la definición de “fijación audiovisual” y de la declaración concertada que lo acompaña<sup>1753</sup>. Y es que este instrumento está concebido, y fue adoptado, para cubrir un vacío legal que dejaron tanto la Convención de Roma como el WPPT, esto es, para proteger los derechos sobre las interpretaciones o ejecuciones *audiovisuales*, esto es, las llevadas a cabo por los actores, bailarines y demás artistas intérpretes o ejecutantes que interpretan o ejecutan una obra audiovisual o visual, con o sin sonido.

El segundo supuesto contemplado en el primer párrafo del art. 5 hace referencia a las interpretaciones o ejecuciones *fijadas* en fijaciones audiovisuales. A este respecto, y remitiendo nuevamente al ámbito de protección descrito, la fijación audiovisual aparece definida en el art. 2 como *la incorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de la representación de éstos*. Siendo ello así, es preciso recordar que el objeto de protección del Tratado de Beijing no es la fijación [audiovisual], sino las interpretaciones o ejecuciones *audiovisuales* (que no cualquier otra, *v.gr.*, las *sonoras preexistentes*) que se incorporen a la misma, y que una misma fijación audiovisual puede incorporar otros contenidos protegidos por otros instrumentos (*v.gr.*, interpretaciones o ejecuciones musicales incorporadas a un fonograma preexistente).

Además, y del mismo modo que comentábamos en relación con las interpretaciones o ejecuciones en directo, carecería de sentido que un artista intérprete o ejecutante invocara el Tratado de Beijing para lograr la protección de su derecho moral sobre una fijación sonora (fonograma) incorporada posteriormente en una fijación audiovisual. Las interpretaciones o ejecuciones sonoras, o fijadas en fonograma, como se ha dicho, cuentan con un instrumento propio y específico de protección, el WPPT, cuyo art. 2(b) cuenta con una declaración concertada aclarando que la definición de fonograma prevista en dicho precepto *no sugiere que los derechos sobre el fonograma sean afectados en modo alguno por su incorporación en una obra cinematográfica u otra audiovisual*.

En otro orden de cosas, y al igual que los arts. 6 bis del Convenio de Berna y 5 del WPPT, el art. 5 del Tratado de Beijing comienza declarando la independencia de los derechos morales con respecto a los derechos patrimoniales, de tal suerte que la cesión, renuncia o falta de ejercicio de unos no afecta a los otros. Ahora bien, la fórmula elegida por los tres instrumentos – *con independencia de los derechos patrimoniales (...), e incluso después de la cesión de estos derechos, (...) conservará* [su derecho moral] – puede inducir a error en cuanto a si los derechos

---

<sup>1753</sup> Vid. epígrafe 2.1 de este Capítulo.

morales, tal y como aparecen configurados en dichos tratados, son o no son susceptibles de cesión, o si son alienables o inalienables.

A este respecto, la Propuesta Básica de 2000 ya advertía que el art. 5 no incluía texto alguno relativo a dicha cuestión, y que “el artista intérprete o ejecutante podrá ejercer sus derechos morales pero tiene la opción de no ejercerlos; incluso puede renunciar a ellos”<sup>1754</sup>.

En realidad, ni el Tratado de Beijing ni el WPPT disponen que el artista intérprete o ejecutante pueda renunciar a sus derechos morales, sino que, como forma de ejercicio de los mismos, podrán decidir no exigir el reconocimiento de su nombre o el respeto hacia la integridad de su actuación –o incluso ejercitarlos mediante la autorización a un tercero. En relación con su posible cesión o transferencia *inter vivos*, difícilmente podría ser admitida habida cuenta la especial naturaleza de tales derechos –personalísimos (que no de la personalidad), íntimamente ligados a su titular en cuanto que creador de la interpretación o ejecución protegida-, tal y como recuerda la Propuesta Básica de 2000, a título de ejemplo y en relación con el derecho de paternidad, “la postura del artista intérprete o ejecutante como artista intérprete o ejecutante de una interpretación o ejecución dada no puede, por supuesto, transferirse; en ese sentido, nadie puede ponerse en su lugar”<sup>1755</sup>. Lo mismo podríamos decir con respecto al derecho de integridad: difícilmente podrá la deformación, mutilación u otra modificación de una interpretación o ejecución dada afectar a la reputación de una persona distinta de aquella que crea y realiza dicha interpretación o ejecución.

Cuestión distinta es la del ejercicio de tales derechos por persona distinta a su titular (el artista intérprete o ejecutante), posibilidad que admite el art. 5.2 del Tratado de Beijing en aquellos casos en los que los derechos morales sean mantenidos, conforme a cada legislación nacional, después de la muerte del artista intérprete o ejecutante. No se trata de la cesión *mortis causa* de tales derechos, sino casos de legitimación *post mortem*. La diferencia entre uno y otro supuesto es evidente: la cesión implicaría el ejercicio de tales derechos como titular de los mismos y, en este sentido, como titular del interés personal afectado (lo cual, como hemos dicho, no cabe);

---

<sup>1754</sup> Nota 5.12, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, que incluso ofrecía un ejemplo: “un artista intérprete o ejecutante podrá, en un contrato, convenir en abstenerse indefinidamente a ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de una interpretación o ejecución o en particular”– documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

<sup>1755</sup> Nota 5.12, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

mientras que la legitimación *post mortem* supone el mero ejercicio del derecho por tercera persona [legalmente autorizada] en defensa del interés, aún protegido, del difunto.

Así las cosas, son dos los derechos morales que el Tratado de Beijing reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales: el derecho de paternidad y el derecho de integridad<sup>1756</sup>.

### 3.2.- El derecho de paternidad.

El derecho de paternidad del artista intérprete o ejecutante, conforme al art. 5.1 del Tratado de Beijing, es el derecho a *reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones*. Así enunciado, este derecho coincide con el reconocido a los autores en el art. 6 bis del Convenio de Berna (y a los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en el art. 5.1 del WPPT). Ahora bien, tanto el Tratado de Beijing como el WPPT incorporan una limitación a este derecho, a saber: el artista intérprete o ejecutante no podrá reivindicar la paternidad de su interpretación o ejecución cuando se trate de una omisión y la misma *venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución* - limitación que no encontramos en el Convenio de Berna.

Lo primero que hay que aclarar es que esta limitación únicamente opera frente a omisiones del nombre, ya sea el real o artístico, del artista intérprete o ejecutante. Es decir, no cabe ampararse en esta cláusula para atribuir la interpretación o ejecución a una persona distinta.

Lo que no encontramos en el Tratado de Beijing, ni en las actas de las conferencias diplomáticas de 2000 y 2012, es en qué supuestos *la manera de utilizar la interpretación o ejecución* puede *dictar* o imponer la omisión del nombre del artista intérprete. En este sentido, las actas de la Conferencia Diplomática de 1996 sobre ciertas cuestiones de derechos de autor y derechos conexos contienen ejemplos concretos de supuestos en los que la aplicación del derecho de paternidad estaría limitado por razones de índole práctica, así, resultaría prácticamente imposible identificar a todos y cada uno de los integrantes de una orquesta cuya interpretación o ejecución estuviera siendo objeto de radiodifusión<sup>1757</sup>. Trasladado este ejemplo al ámbito audiovisual, no

---

<sup>1756</sup> También la Convención de Berna y el WPPT limitan a estos dos derechos los derechos morales reconocidos al autor y al artista intérprete o ejecutante [sobre sus interpretaciones o ejecuciones sonoras], respectivamente.

<sup>1757</sup> Así lo expresó la delegación del Reino Unido. La delegación argentina, por su parte, propuso para estos supuestos la obligación de indicar al menos el nombre colectivo [de la orquesta, por ejemplo], así como de identificar individualmente a todos y cada uno de los artistas intérpretes o ejecutantes, si quiera por otros medios, a los efectos de la gestión colectiva o de los

se nos ocurre ningún supuesto en el que la forma de utilizar la interpretación o ejecución imponga la omisión de los nombres, reales o artísticos, de los artistas intérpretes o ejecutantes - así, por ejemplo, en los títulos de crédito al inicio o final de cada obra y demás fijaciones audiovisuales.

En todo caso, y según FICSOR, la mención expresa de esta limitación en un instrumento no significa que no opere igualmente en aquellos supuestos protegidos por otros instrumentos que no la contemplen (v.gr., el Convenio de Berna) y que, por tanto, su inclusión en el WPPT [y en el Tratado de Beijing] “no cambia de manera sustancial el alcance y valor de este derecho moral. El hecho de que esta estipulación no aparezca en el Art. 6 bis del Convenio de Berna no significa que deban indicarse siempre los nombres de los autores, incluso si la forma de utilizar la obra lo hace imposible, o al menos, muy poco práctico”<sup>1758</sup>.

Siendo ello así, ¿por qué se introduce, entonces, esta cláusula tanto en el WPPT como en el Tratado de Beijing? La única explicación que encontramos a este respecto en la Propuesta Básica del año 2000 es que dicha limitación “incorpora una cierta flexibilidad a la aplicación de este derecho”<sup>1759</sup>.

En realidad, con esta cláusula se perseguía contentar a los representantes de los organismos de radiodifusión, especialmente en aquellos países con una escasa tradición en el reconocimiento y protección de los derechos morales, como es el caso de los países en los que rige el sistema del *Copyright*, y en los que la protección de los intereses económicos y morales del artista intérprete o ejecutante descansa sobre los correspondientes convenios colectivos. Así, la preocupación manifestada por los organismos de radiodifusión, que veían en el derecho de paternidad de los artistas intérpretes o ejecutantes una obligación más a tener en cuenta en el desarrollo de su actividad [obligación de identificar a los correspondientes artistas intérpretes o ejecutantes con ocasión de la radiodifusión de sus interpretaciones o ejecuciones], unida a la reticencia de los países de tradición anglosajona hacia los derechos morales, propiciaron el clima necesario para introducir dicha cláusula en relación con el derecho de paternidad de los artistas intérpretes o ejecutantes, primero en el WPPT, y después en el Tratado de Beijing.

---

convenios colectivos – Actas Resumidas de la Comisión Principal I, documento OMPI CRNR/DC/102, de 26 de agosto de 1997, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/cnrn\\_dc/cnrn\\_dc\\_102.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/cnrn_dc/cnrn_dc_102.pdf)

<sup>1758</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *op. cit.*, pág. 250.

<sup>1759</sup> Nota 5.03 en la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

### 3.3.- El derecho de integridad.

El derecho de integridad del artista es su derecho a *oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación* (art. 5.1 Tratado de Beijing). Una vez más, como sucede con el derecho de paternidad y así enunciado, el derecho de integridad reconocido a los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales coincide con el reconocido a los autores en el art. 6 bis del Convenio de Berna (y a los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en el art. 5.1 del WPPT). Sin embargo, el Tratado de Beijing introduce un matiz que no encontramos en los otros dos instrumentos, y que limita el derecho de integridad en el caso de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

Así, el propio texto del art. 5.1 del Tratado de Beijing establece que para valorar el impacto de cualquier modificación de la interpretación o ejecución audiovisual sobre la reputación del artista intérprete o ejecutante – es decir, para determinar si existe violación del derecho de integridad –, se habrá de tomar debidamente en cuenta *la naturaleza de las fijaciones audiovisuales*.

Si bien este texto fue negociado y finalmente pactado durante la Conferencia Diplomática de 2000 (no aparecía en la Propuesta Básica), lo cierto es que el texto inicialmente propuesto a dicha Conferencia incluía un matiz similar: “las modificaciones compatibles con la explotación normal de una interpretación o ejecución durante el uso autorizado por el artista intérprete o ejecutante no serán consideradas perjudiciales para su reputación” – en otras palabras, conforme a la Propuesta Básica de 2000, las modificaciones “compatibles con la explotación normal de una interpretación o ejecución” no implicarían la violación del derecho de integridad del artista intérprete o ejecutante, siempre y cuando el mismo hubiera autorizado dicho acto de explotación – que no la modificación de su interpretación o ejecución. Ahora bien, esta “cláusula aclaratoria” [así aparece calificada en las notas de la propia Propuesta Básica<sup>1760</sup>] no define qué ha de entenderse por “explotación normal de una interpretación o ejecución”. Si encontramos en dicha Propuesta, o más concretamente, en las notas de dicha Propuesta, sin embargo, un amplio relato de las distintas propuestas que se sucedieron y que llevaron a la inclusión de esa “cláusula aclaratoria”, anticipando en cierto modo los debates que se sucederían durante la propia

---

<sup>1760</sup> Nota 5.05 en la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)



Conferencia Diplomática, y que concluyeron con la adopción de un texto alternativo, pero en idéntico sentido<sup>1761</sup>.

Los distintas propuestas reflejaban el temor de los productores audiovisuales a ver limitada su capacidad para llevar a cabo una explotación normal y pacífica de sus obras, pues necesariamente implica, entre otros actos, su reducción, compactación, edición y doblaje. Efectivamente, el formato de una obra cinematográfica no puede ser el mismo para su explotación en salas de exhibición cinematográfica (la *gran pantalla*) que en las pequeñas pantallas individuales instaladas en las butacas de los aviones, o en dispositivos portátiles tales como teléfonos móviles o tabletas, por ejemplo. Tampoco una obra audiovisual tendrá el mismo éxito comercial en un país concreto si no se explota doblada al idioma de ese país.

En la medida en que algunos de tales actos, que forman parte de lo que la Propuesta Básica de 2000 vino a denominar *explotación normal*<sup>1762</sup> de la obra audiovisual, pueden llegar a suponer la modificación de la interpretación o ejecución (por ejemplo sustituyendo la voz del actor de imagen por la del actor de doblaje, o acortando determinadas escenas en las que interviene uno o varios artistas concretos), determinados productores, especialmente los estadounidenses, mostraron cierta inquietud ante la posibilidad de que los artistas intérpretes o ejecutantes que participaran en sus obras pudieran invocar el derecho de integridad con ocasión de cada uno de tales actos.

---

<sup>1761</sup> Así, las notas 5.06, 5.07 y 5.08 en la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf):

5.06 Durante las etapas preparatorias se presentaron varias propuestas destinadas a calificar la cláusula relativa al derecho a oponerse a cualquier deformación, etc. de una interpretación o ejecución. Con arreglo a una de las propuestas, el productor podría “realizar la reducción, compactación, edición o el doblaje de una obra, pero sin deformar la participación del artista intérprete o ejecutante”. En virtud de otra propuesta, se autorizarían modificaciones “consideradas necesarias por el productor de la fijación audiovisual para la explotación normal de esa fijación”. Una tercera propuesta fue formulada con el mismo objetivo: “las modificaciones compatibles con la explotación normal de una obra audiovisual emprendida por el productor de la obra o sus derechohabientes, de conformidad con el ejercicio de los derechos de autorización adquiridos por el productor respecto de la interpretación o ejecución, no se considerarán como causantes de un perjuicio grave a la reputación del artista intérprete o ejecutante”. En esta propuesta la definición de “explotación normal de una obra audiovisual” “incluiría el uso de tecnologías, medios, formatos y/o métodos de distribución, difusión, puesta a disposición o comunicación al público que sean nuevos o modificados”.

5.07 A la luz de las propuestas antes mencionadas, conviene hacer hincapié en que la alteración o modificación, tales como la reducción, la compactación, la edición o el doblaje de la obra per se no afectan los derechos morales. La misma afirmación es válida para la tecnología, los medios o portadores, los formatos y/o los métodos de distribución, etc., que sean nuevos o modificados. Las plataformas o los portadores de tecnologías no inciden sobre el contenido. La cuestión decisiva para los derechos morales es si un acto o modificación podrá considerarse perjudicial para la reputación del artista intérprete o ejecutante. El factor que puede causar una modificación de la interpretación o ejecución que sea perjudicial es la forma en que se realice esa modificación. Así pues, la determinación de si un acto constituye una violación de ese derecho moral dependerá de si dicha modificación es objetivamente perjudicial para la reputación del artista intérprete o ejecutante. Esta apreciación deberá efectuarse basándose en criterios objetivos, desde del punto de vista de un observador razonable con experiencia en la categoría pertinente de las producciones audiovisuales. De conformidad con las interpretaciones usuales en materia de derechos morales una modificación no se consideraría una violación a esos derechos a menos que el perjuicio fuera significativo o sustancial. Por ese motivo no parece necesario que en el Art. se califique el perjuicio requerido por expresiones como “grave” o “sustancial”.

5.08 Por consiguiente, la “explotación normal” o práctica corriente de la industria, como tal, queda fuera del ámbito de los derechos morales. Sin embargo, el punto ii) también aclara que las Partes Contratantes deberían tener en cuenta los aspectos antes mencionados de los derechos morales al aplicar el Instrumento propuesto.

Quedó entonces claro que tales actos no constituyen violación alguna del derecho de integridad, toda vez que no son objetivamente perjudiciales para la reputación del artista intérprete o ejecutante quien, además, muy probablemente esté informado de los mismos [o de la posibilidad de que el productor los lleve a cabo en algún momento] a través del correspondiente contrato suscrito con el productor o de las prácticas del mercado, de tal suerte que su autorización para el uso de su interpretación o ejecución implica su autorización para la *explotación normal* de la misma, incluidos, por lo dicho *ut supra*, tales actos de modificación, que quedarían excluidos del ámbito del derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes.

Ello quedó debidamente reflejado, como hemos dicho, en la Propuesta Básica presentada a la Conferencia Diplomática de 2000, cuyo texto ofrecía una solución satisfactoria a los productores de obras audiovisuales.

Sin embargo, durante dicha Conferencia Diplomática la delegación de la Comunidad Europea advirtió que la fórmula empleada (*explotación normal* de la interpretación o ejecución o, en definitiva, de la obra) podría tener consecuencias que afectarían a la interpretación del art. 6 bis del Convenio de Berna y del art. 5 del WPPT. Y es que, como señaló dicha delegación, la expresión *explotación normal* podría causar confusión, al venir siendo empleada tradicionalmente en el marco de la denominada *regla de los tres pasos*<sup>1762</sup>, queriendo decir con ello que su utilización ahora en relación con el derecho de integridad podría inducir a error. Efectivamente, dicha expresión podría hacer pensar que la reducción, compactación, edición, doblaje y, en definitiva, cualesquiera *modificaciones compatibles con la explotación normal de una interpretación o ejecución* son un límite o excepción al derecho de integridad. Y ello no es así, pues, como hemos dicho, tales actos, en cuanto que constituyen la *explotación normal* de la interpretación o ejecución, o la *práctica corriente de la industria*, quedan fuera del ámbito de los derechos morales<sup>1763</sup>.

Al hilo de la preocupación expresada por la delegación europea, finalmente se acordó una redacción o fórmula especialmente abierta y flexible en el art. 5, a cuya virtud el derecho de

---

<sup>1762</sup> Enunciada por vez primera en el art. 9.2 del Convenio de Berna, a cuya virtud se admite la posibilidad de limitar el derecho exclusivo de reproducción “*en determinados casos especiales* [regla núm. 1], *con tal de que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra* [regla núm. 2] *ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor* [regla núm. 3]”, luego adoptada por el WPPT (art. 16) y por el Tratado de Beijing (art. 13) en relación con los límites o excepciones a cualesquiera derechos exclusivos del artista intérprete o ejecutante.

<sup>1763</sup> Nota 5.08 en la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

integridad ha de tomar “debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales” - en lugar de excluir de su ámbito, sencillamente, las modificaciones compatibles con la “explotación normal de una interpretación o ejecución” o con las “prácticas habituales”; así como adoptar una declaración concertada aclarando el alcance de dicha fórmula.

Así, conforme a esta declaración concertada, la referencia en el art. 5 del Tratado de Beijing a la *naturaleza de las fijaciones audiovisuales* en relación con el derecho de integridad significa que determinadas modificaciones de una interpretación o ejecución, llevadas a cabo durante la explotación normal y autorizada [por el artistas intérprete o ejecutante] de la obra, tales como su edición, comprensión, doblaje o formateo “no serán consideradas como modificaciones en el sentido del art. 5.1) ii)” y, por tanto, quedan excluidas de la esfera del derecho de integridad. Tampoco son considerados como cambio en el sentido de este artículo el “simple uso de tecnologías o medios nuevos o modificados, como tales” - por ejemplo la coloración de las obras cinematográficas originalmente en blanco y negro.

A dichas exclusiones (las modificaciones propias de la explotación normal de la obra, y el simple uso de nuevas tecnologías o medios), y conforme a la misma declaración concertada, ha de sumarse cualesquiera otras modificaciones que no sean *objetivamente perjudiciales para la reputación del artista intérprete o ejecutante de manera sustancial*.

### **3.4.- Duración o plazo de protección de los derechos morales del actor.**

Conforme al art. 5.2 del Tratado de Beijing, tomado literalmente de los arts. 6 bis del Convenio de Berna y 5 del WPPT, la protección de los derechos morales de paternidad y de integridad previstos en su primer párrafo deberá durar al menos hasta la extinción de los derechos patrimoniales sobre las mismas interpretaciones o ejecuciones. Y la protección de todos ellos, derechos morales y patrimoniales específicamente previstos en este instrumento, no podrá ser inferior a 50 años, contados a partir del final del año en el que la interpretación o ejecución fue fijada en una fijación audiovisual (*ex. art. 14 Tratado de Beijing*).

De ello se sigue que la protección de los derechos morales de paternidad y de integridad reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales no podrá ser inferior a (i) 50 años, en los términos previstos en el art. 14 del Tratado de Beijing, o (ii) al plazo de protección que cada legislación nacional reconozca a los derechos patrimoniales, cuando sea superior a la convencionalmente prevista.

Además, los derechos de paternidad y de integridad, con el contenido y alcance analizados *ut supra*, serán mantenidos incluso tras la muerte del artista intérprete o ejecutante, si este falleciera con anterioridad a la expiración del plazo de protección de tales derechos morales, sea este el mínimo convencional [50 años] o cualquier otro superior que tenga reconocido al amparo de la ley aplicable. En tales casos, establece el art. 5.2 del Tratado de Beijing que serán ejercidos por las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte Contratante en que se reivindique la protección – es decir se reserva a las Partes Contratantes la facultad de determinar que personas o instituciones tendrán atribuida la legitimación para el ejercicio post mortem de tales derechos, como por ejemplo sus herederos, la Administración Pública o las asociaciones profesionales o entidades de gestión colectiva correspondientes. A este respecto recuérdese que, como ya hemos comentado, no se trata de una cesión *mortis causa* de los derechos morales, sino casos de legitimación *post mortem* para el ejercicio de los mismos por tercera persona [la que determine cada Parte Contratante] en defensa del interés, aún protegido, del difunto.

Dice FICSOR<sup>1764</sup> que el hecho de que se prevea una duración de los derechos morales de paternidad y de integridad igual o superior a la los derechos patrimoniales obedece a la posibilidad de protección perpetua de aquellos, “reconocida, de hecho, en algunos países”. Apoya esta tesis la mención expresa en el propio art. 5.2 a la posibilidad de ejercicio *post mortem* de los derechos morales.

Por último, el art. 5.2 del Tratado de Beijing ofrece la posibilidad a aquellos países cuya legislación en vigor en el momento de su ratificación o adhesión no contenga disposiciones relativas a la protección de los derechos morales después de la muerte del artista intérprete o ejecutante de prever que algunos de tales derechos [el de paternidad o el de integridad, o ambos] no sean mantenidos después de la muerte de su titular.

Esta posibilidad está claramente dirigida a los países en los que rige el *Copyright*, en los que los derechos morales, como tales y a diferencia de los ordenamientos de corte continental (de Derecho Civil o Derecho de Autor), suelen brillar por su ausencia<sup>1765</sup>.

Así, y en aquellos países que al día de la fecha no reconocen derecho moral alguno como tal a los artistas intérpretes o ejecutantes, como los Estados Unidos, sí se protegen, sin embargo,

---

<sup>1764</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 46.

<sup>1765</sup> Situación que se ha ido corrigiendo a medida en que el Convenio de Berna y su art. 6 bis, o el WPPT y su art. 5, han ido implementándose en las distintas legislaciones – *vid.* Capítulo IX.

determinados intereses personales del artista, similares a los protegidos por los derechos morales que conocemos en los países donde rige el Derecho de Autor – si bien con determinados matices. A este respecto NIMMER<sup>1766</sup> dice que “el volumen de jurisprudencia (...) en materia de atribución [paternidad] e integridad despeja toda duda sobre el hecho de que tales derechos son todo menos huérfanos en el ordenamiento jurídico estadounidense. De hecho, el fanatismo con que varios tipos de Hollywood [sic.] persiguen créditos en la pantalla demuestra que no es cierto que el derecho de atribución sea ajeno a la cultura americana”. Ello es así, pero como regla general el artista intérprete o ejecutante únicamente podrá exigir ser identificado como tal, o que se respete la integridad de su interpretación o ejecución, si así lo ha pactado con el productor; o si la interpretación o ejecución se atribuye a una persona distinta, con efectos nocivos para el genuino artista intérprete o ejecutante, éste podrá acudir a los Tribunales en ejercicio de un acción basada en el concepto de “passing off”, propio del Derecho de Marcas y Competencia. Es decir, en ninguno de tales casos podrá el artista intérprete o ejecutante invocar derecho moral alguno, y es que, según nos recuerda el Segundo Circuito estadounidense de Tribunales en *Gilliam vs. American Broadcastin Cos.*<sup>1767</sup>, “la legislación americana en materia de *copyright*, en su redacción actual, no reconoce derechos morales ni establece acción alguna por su infracción, puesto que la ley persigue proteger los intereses económicos del autor, en lugar de los personales”.

Por tanto, cuando dichos países que aún no reconocen derechos morales a los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales ratifiquen o se adhieran al Tratado de Beijing, y se vean en la obligación de reconocer al menos los de paternidad e integridad (con el contenido, alcance y duración previstos en su art. 5), podrán acogerse a la posibilidad prevista en el art. 5.2 para establecer que los mismos no serán mantenidos después de la muerte del artista intérprete o ejecutante<sup>1768</sup>.

### **3.5.- Vías de recurso para la salvaguarda de los derechos morales del actor.**

El tercer párrafo del art. 5 del Tratado de Beijing, y también siguiendo el modelo de los arts. 6 bis de la Convención de Berna y 5 del WPPT, establece la libertad de las Partes Contratantes

---

<sup>1766</sup> NIMMER, Melville B. y NIMMER, David, *Nimmer on Copyright, óp. cit.*, vol. 3, pág. §8D.02[D][1].

<sup>1767</sup> *Gilliam vs. American Broadcasting Cos.* 538 F.2nd 14 (2nd Cir. 1976).

<sup>1768</sup> Nótese que, aún así, determinados países continúan mostrando cierta reticencia al reconocimiento de derechos morales a los artistas intérpretes o ejecutantes – así, por ejemplo, los Estados Unidos, que pese a haber ratificado el WPPT (mediante Instrumento de 14.09.1999), cuyo art. 5 es esencialmente idéntico al art. 5 del Tratado de Beijing, al día de la fecha continua sin reconocer derecho moral alguno a los artistas intérpretes o ejecutantes, ni tan siquiera sobre sus interpretaciones o ejecuciones sonoras, objeto del WPPT.

para determinar las vías de recurso, o medios procesales, para la salvaguarda de los derechos de paternidad e integridad.

Si bien este párrafo reafirma el principio de autonomía o libertad de las Partes Contratantes para decidir la forma de cumplir sus obligaciones conforme al Tratado de Beijing – del mismo modo que sucede con el Convenio de Berna y con el WPPT –, lo cierto es que encierra una cláusula muy conveniente para los países que, como hemos visto en el apartado anterior, carecen de tradición en el reconocimiento y protección de los derechos morales como tales. Dichos países, generalmente regidos por el *Copyright* propio de los ordenamientos de *Common Law*, sí suelen reconocer determinados derechos similares a los que ahora nos ocupan, pero con matices en cuanto a su fuente (generalmente contractual), naturaleza (desligados del concepto de expresión única de la personalidad) y en cuanto a los medios procesales para su salvaguarda (acciones propias del Derecho de Marcas y de Competencia, o incluso de determinados derechos de la personalidad como el nombre o la imagen).

Por tanto, si un artista intérprete o ejecutante beneficiario de la protección dispensada por el Tratado de Beijing conforme a su art. 3<sup>1769</sup> reivindicara la protección de sus derechos morales de paternidad e integridad en una Parte Contratante que no reconozca tales derechos como tales, está última estará obligada a garantizarle los medios de tutela previstos en su legislación para la protección de los intereses similares a los protegidos por tales derechos – con independencia, como hemos dicho, de la fuente y naturaleza tanto del derecho como de la acción procesal correspondiente.

## **4.- LOS DERECHOS PATRIMONIALES SOBRE LAS INTERPRETACIONES O EJECUCIONES NO FIJADAS.**

### **4.1.- Contextualización y delimitaciones previas.**

El art. 6 del Tratado de Beijing<sup>1770</sup> coincide literalmente con el art. 6 del WPPT, viniendo ambos a reconocer al artista intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar determinados actos

---

<sup>1769</sup> Vid. epígrafe 12.2 de este Capítulo.

<sup>1770</sup> *Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho a autorizar, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones:*

i) *la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida; y*  
ii) *la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas.*

de explotación con respecto a sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas (*en vivo*). Estos actos coinciden, a su vez, con los previstos en el art. 7.1, apartados a) y b), de la Convención de Roma<sup>1771</sup>, si bien en dicho instrumento el derecho reconocido al artista intérprete o ejecutante sobre tales actos era el de *impedirlos*, mientras que tanto el WPPT como en el Tratado de Beijing reconocen al artista intérprete o ejecutante el derecho de *autorizarlos*.

En cualquier caso, los actos sobre los que el artista intérprete o ejecutante ostenta tal derecho exclusivo, conforme al art. 6 del Tratado de Beijing (y del WPPT), o la facultad de impedir – conforme al art. 7.1, apartados a) y b) de la Convención de Roma – son, en esencia, la comunicación al público<sup>1772</sup> y/o la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas.

Cumple advertir, además, que este punto es el único en el que coincide la protección dispensada por los tres instrumentos a los artistas intérpretes o ejecutantes, toda vez que tanto el art. 6 del Tratado de Beijing y del WPPT, así como el art. 7.1.a) y b) de la Convención de Roma, reconocen los mismos derechos a cualesquiera artistas intérpretes o ejecutantes, con independencia de la naturaleza, sonora o audiovisual, de sus interpretaciones o ejecuciones en vivo. De este modo, un artista intérprete o ejecutante, ya sea actor, cantante, músico, bailarín, etc., que sea beneficiario de la protección dispensada por los tres instrumentos, podrá invocar indistintamente cualesquiera de ellos en relación con sus derechos patrimoniales sobre sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas. Ahora bien, una vez autorice la fijación de su interpretación o ejecución [conforme a lo previsto arts. 6.ii) del Tratado de Beijing y del WPPT, y 7.1.b) de la Convención de Roma], el reconocimiento y protección de los derechos sobre dicha fijación corresponderá a uno u otro instrumento – así, si la fijación es sonora (fonograma), el artista intérprete o ejecutante encontrará protección en la Convención de Roma y en el WPPT, pero si es audiovisual, el Tratado aplicable es el de Beijing.

## **4.2.- El derecho de radiodifusión y comunicación al público.**

El derecho exclusivo reconocido a los artistas intérpretes o ejecutantes en el art. 6.i) del Tratado de Beijing está referido a la *radiodifusión* y a la *comunicación al público* de sus interpretaciones

---

<sup>1771</sup> La protección prevista por la presente Convención en favor de los artistas intérpretes o ejecutantes comprenderá la facultad de impedir:

a) la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubieren dado su consentimiento, excepto cuando la interpretación o ejecución utilizada en la radiodifusión o comunicación al público constituya por sí misma una ejecución radiodifundida o se haga a partir de una fijación;

b) la fijación sobre una base material, sin su consentimiento, de su ejecución no fijada.

<sup>1772</sup> Con la salvedad que veremos más adelante, referida a aquellas interpretaciones o ejecuciones que constituyan por sí mismas una interpretación o ejecución radiodifundida.

o ejecuciones no fijadas. Tales actos de explotación [la radiodifusión y la comunicación al público] aparecen definidas en el art. 2, párrafos c) d), respectivamente, de este instrumento<sup>1773</sup>.

Ahora bien, este artículo, al igual que los arts. 6.i) del WPPT y 7.1.a) de la Convención de Roma, incluye una salvedad, a cuya virtud queda excluido del ámbito de este derecho exclusivo la radiodifusión y la comunicación al público de tales interpretaciones o ejecuciones *constituyan por sí mismas una ejecución o interpretación radiodifundida*.

Es decir, el artista intérprete o ejecutante tiene el derecho exclusivo de autorizar la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto en aquellos casos en que tales actos (radiodifusión y comunicación al público) se realicen a partir de una interpretación o ejecución radiodifundida.

La salvedad se refiere, por tanto, a dos supuestos distintos: (a) la radiodifusión de una interpretación o ejecución radiodifundida, esto es, la emisión simultánea de la interpretación o ejecución radiodifundida; y (b) la comunicación al público de una interpretación o ejecución radiodifundida, llevada generalmente a cabo través de aparatos receptores instalados en lugares de acceso público (hoteles, restaurantes, gimnasios, etc.).

Excluida del ámbito del derecho exclusivo de autorizar reconocido al artista intérprete o ejecutante la emisión simultánea de las interpretaciones o ejecuciones no fijadas o en vivo, corresponderá su regulación a cada legislación nacional. Esta es la solución expresamente prevista en la Convención de Roma (*ex. art. 7.2*).

El segundo supuesto excluido del derecho exclusivo previsto en el art. 6.i) del Tratado de Beijing es la comunicación al público de una interpretación o ejecución radiodifundida. Es el caso de los equipos receptores instalados en lugares abiertos o accesibles al público, tales como hoteles, bares, restaurantes, gimnasios, etc. Dichos equipos reciben la señal portadora de la interpretación o ejecución radiodifundida, y la transmiten al público en ese lugar, logrando que sea oída o vista, u oída y vista, por ese público.

También en este supuesto corresponderá a la legislación del país en el que se reclame protección determinar qué derecho pudiera corresponder al artista intérprete o ejecutante por la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones en vivo radiodifundidas.

---

<sup>1773</sup> *Vid.* epígrafe 2.1 de este Capítulo.



La mejor manera de comprender el significado y alcance del derecho reconocido a los artistas intérpretes o ejecutantes por el art. 6.i) del Tratado de Beijing, incluidas las salvedades comentadas *ut supra*, es ilustrándolo con un ejemplo. Así, en el caso de una representación teatral [en vivo], los artistas intérpretes o ejecutantes que actúan en la misma tienen el derecho exclusivo de autorizar su radiodifusión (autorizando, por ejemplo, a un organismo de radiodifusión para que emita dicha actuación por televisión) y comunicación al público (autorizando, por ejemplo, la transmisión de su actuación a través de pantallas instaladas en otra sala del teatro). Ahora bien, autorizada su radiodifusión, es decir, el primer supuesto indicado, el artista intérprete o ejecutante carecerá del derecho exclusivo de autorizar, y tampoco podrá impedir, la retransmisión de esa señal, o su transmisión [de esa señal] en otra sala del teatro o en cualquier lugar accesible al público<sup>1774</sup>.

#### 4.3.- El derecho de fijación.

El art. 6.ii) del Tratado de Beijing reconoce, en idénticos términos que el art. 6.ii) del WPPT, el derecho exclusivo de los artistas intérpretes o ejecutantes a autorizar la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas. Se trata, como hemos dicho, del mismo acto que prevé el art. 7.1.b) de la Convención de Roma.

A este respecto es necesario recordar que si bien en su redacción finalmente adoptada los 3 artículos extienden su protección tanto a las interpretaciones o ejecuciones sonoras como a las audiovisuales, lo cierto es que durante las negociaciones del WPPT y del Tratado de Beijing se llegó a proponer que este derecho estuviera limitado, respectivamente, a las interpretaciones o ejecuciones *musicales* y a las fijaciones *audiovisuales*.

Efectivamente, la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas debatida en 2000 se refería al derecho exclusivo del artista intérprete o ejecutante a autorizar la *fijación audiovisual* de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, y la nota correspondiente declaraba que se otorgaba así a los artistas intérpretes o ejecutantes *el derecho a controlar la fijación audiovisual de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas*<sup>1775</sup>.

---

<sup>1774</sup> Nótese que en todo caso estamos haciendo referencia a interpretaciones o ejecuciones no fijadas o en vivo, toda vez que la retransmisión y comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas, ya sea en fijación audiovisual o en fonograma, son actos distintos de explotación, con su propio régimen de protección.

<sup>1775</sup> Nota 6.03, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

Al igual que sucediera durante la Conferencia Diplomática de 1996, pero con más motivo aún, habida cuenta el texto del art. 6 finalmente adoptado en el WPPT – que, recordemos, no limita su protección a las interpretaciones o ejecuciones musicales, ni sonoras –, en la Conferencia Diplomática de 2000 varias delegaciones solicitaron modificar el texto propuesto, suprimiendo la palabra *audiovisual*, al objeto de que la disposición contenida en el artículo 6.ii) extendiera su protección tanto a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales como a las sonoras<sup>1776</sup>.

Así y todo, cabría argumentar que el art. 6.ii) del WPPT se refiere únicamente a las fijaciones sonoras o fonogramas, mientras que el mismo artículo del Tratado de Beijing se refiere a las fijaciones audiovisuales. Y ello porque la definición de *fijación* en el art. 2.c) del WPPT se refiere exclusivamente a *la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo*. De este modo, el derecho exclusivo a autorizar la «*fijación*» de una interpretación o ejecución, en el marco de ese instrumento, estaría referido a la fijación estrictamente sonora. Y, del mismo modo, pero en relación con el Tratado de Beijing, porque la única fijación que define, en su artículo 2.c), es la *fijación audiovisual*.

Dicha posibilidad carece de sustento, toda vez que, como se ha dicho, en la Conferencia Diplomática de 1996 se decidió suprimir la palabra *musicales*, en relación con las interpretaciones o ejecuciones amparadas por el art. 6 del WPPT, precisamente para dar cabida en el ámbito de dicha disposición a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales; y, en idéntico sentido, la Conferencia Diplomática de 2000 acordó no limitar el art. 6.ii) a las *fijaciones audiovisuales* para dar cabida a las fijaciones sonoras.

Por tanto, encontramos en los respectivos historiales de negociaciones motivos suficientes para sostener que el derecho exclusivo de los artistas intérpretes o ejecutantes a autorizar la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones, tal y como aparece configurado en ambos instrumentos, incluye cualquier fijación – con independencia de las definiciones de *fijación* y *fijación audiovisual* contenidas en uno y otro Tratado.

---

<sup>1776</sup> Por ejemplo la delegación suiza, que manifestó la conveniencia de que “en el punto ii) del Artículo 6 se evite hablar de fijación audiovisual, inspirándose en el Artículo 6 del WPPT, que sólo menciona la fijación” (véanse las Actas Resumidas de la Conferencia Diplomática sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (Comisión Principal I), par. 20 - Documento OMPI IAVP/DC/37, de 6 de marzo de 2002, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_37.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_37.pdf)).

A mayor abundamiento, tal y como apunta FICSOR, “un argumento con más fondo planteado en el mencionado debate de la primera sesión del Comité de Expertos sobre el Protocolo relativo a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (...) es que el Artículo 6.ii) [WPPT] podría interpretarse de un modo más amplio, puesto que la palabra “fijación” empleada en este Artículo se refiere a un acto: fijar una ejecución o interpretación no fijada, en tanto que la palabra ‘fijación’ en la definición que aparece en el Artículo 2.c) del Tratado se refiere al resultado de un acto: la ‘incorporación’ de sonidos”<sup>1777</sup>.

## **5.- LOS DERECHOS PATRIMONIALES DEL ACTOR SOBRE SUS INTERPRETACIONES FIJADAS.**

### **5.1.- El derecho de reproducción.**

El art. 7 del Tratado de Beijing<sup>1778</sup> reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo a autorizar la reproducción, directa o indirecta, de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma. Su redacción coincide con la del art. 7 del WPPT, con la única diferencia de que mientras este último se refiere a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, aquél se refiere a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales. Es decir, el derecho exclusivo de reproducción reconocido a los artistas intérpretes o ejecutantes en uno y otro instrumento se diferencia única y exclusivamente en el soporte o medio en el que se haya producido la primera fijación de sus interpretaciones o ejecuciones, cuya reproducción se pretende.

Esta diferencia no es baladí, pues determina, una vez más, el distinto ámbito de protección de uno y otro instrumento. Así, y con respecto al derecho de reproducción, mientras la protección del WPPT alcanza a los artistas intérpretes o ejecutantes que autorizan la fijación de su interpretación o ejecución en un fonograma, la del Tratado de Beijing alcanza a los artistas intérpretes o ejecutantes que autorizan la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual.

---

<sup>1777</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, óp. cit., pág. 252.

<sup>1778</sup> *Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho a autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma.*

Por tanto, dependiendo del soporte o medio en el que se fijen por vez primera tales interpretaciones o ejecuciones, sonoro o audiovisual, el derecho exclusivo de reproducción se regirá por uno u otro instrumento. Y ello habida cuenta que la *fijación* a que se refiere el art. 6.ii) de ambos tratados se refiere al *acto* de fijar una interpretación o ejecución *no fijada*, esto es, a la primera fijación de la interpretación o ejecución; mientras que la *fijación* a que se refieren el art. 7 de ambos instrumentos, fonograma o fijación audiovisual, se refiere al *resultado de un acto*, la incorporación de sonidos en el caso del fonograma [ex. art. 2.c) WPPT] y la incorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos [ex. art. 2.b) del Tratado de Beijing].

En cuanto al concepto de *reproducción*, no encontramos en el Tratado de Beijing, ni en el WPPT, definición alguna al respecto, y ello porque, según consta en la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas debatida en 1996 (WPPT), “el significado de este término se desarrolla plenamente en los Artículos 7 y 14”<sup>1779</sup> - nótese que en dicha Propuesta Básica el actual art. 11 del WPPT, relativo al derecho exclusivo de reproducción reconocido a los productores de fonogramas<sup>1780</sup>, aparecía enumerado como 14.

Sí hallamos en el art. 7 del Tratado, sin embargo, los distintos elementos que configuran el acto de explotación sobre el que el artista ostenta el derecho exclusivo de reproducción. Así, el primero de ellos viene dado por la expresión *reproducción directa o indirecta*, que a su vez tiene su origen en el art. 10 de la Convención de Roma, relativo al derecho exclusivo de reproducción de los productores de fonogramas<sup>1781</sup>.

A este respecto, y tal y como reflejan las Actas de la Conferencia Diplomática de Roma, “quedó entendido que la reproducción directa o indirecta incluía, entre otras formas, la reproducción por los siguientes medios: a) procedimientos de moldeado y vaciado, b) grabación de los sonidos producidos por un fonograma preexistente, c) grabación, tomándola de las ondas, de una emisión de los sonidos producidos en el estudio de radio mediante disco o cinta”<sup>1782</sup>.

---

<sup>1779</sup> Nota 2.10, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas del Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas (WPPT) – documento OMPI CRNR/DC/5, de 30 de agosto de 1996, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/crn/dc/crn\\_dc\\_5.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/crn/dc/crn_dc_5.pdf)

<sup>1780</sup> Conforme al art. 11 del WPPT, *los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma.*

<sup>1781</sup> En relación con el derecho de reproducción reconocido a los artistas intérpretes o ejecutantes en la Convención de Roma, su art. 7.1.c) reconoce a estos la facultad de impedir “la reproducción, sin su consentimiento, de la fijación de su ejecución”, es decir, no distingue entre reproducción “directa” o “indirecta”.

<sup>1782</sup> Informe del relator principal, en las *Actas de la Conferencia Diplomática sobre la protección internacional de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión*, publicadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y las Oficinas Internacionales Reunidas de la Propiedad Intelectual (BIRPI), Brujas 1967, pág. 51.

Ello significa, según MASOUYÉ, “que la reproducción (...) puede hacerse, bien a partir de una matriz (reproducción directa), o bien a partir del disco ya prensado (reproducción indirecta); y en este último caso, bien haciendo una grabación del mismo, o bien captándolo a través de una emisión de radiodifusión, y reproduciéndolo mediante un aparato apropiado”<sup>1783</sup>.

En cuanto al segundo elemento (el artista tiene el derecho exclusivo de autorizar la reproducción realizada *por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma*), que tiene su origen en el art. 9.1 del Convenio de Berna, tras la Revisión de Estocolmo de 1967 – posterior a la Convención de Roma –, no sólo deja sentada la amplitud del derecho de reproducción, sino que además aclara que no existe diferencia entre el derecho de reproducción de los autores y el de los artistas intérpretes o ejecutantes.

Ambas circunstancias aparecen debidamente reflejadas en las Propuestas Básicas debatidas en 1996 y en 2000, conforme a las cuales, y en este sentido, la copia o almacenamiento de una interpretación o ejecución fijada en un medio electrónico o de otra clase, cualesquiera sean los métodos o técnicas utilizados, constituye una reproducción. Así, es reproducción la denominada *digitalización*, esto es, la transferencia de una interpretación o ejecución fijada en un soporte analógico hacia uno digital. También lo es la carga o descarga en la memoria de un ordenador.

A este último respecto, el art. 7 del Tratado de Beijing incorpora una declaración concertada<sup>1784</sup> a cuya virtud (i) el derecho de reproducción, así como las excepciones permitidas al mismo conforme a tal instrumento, son totalmente aplicables en el entorno digital, particularmente en relación con el uso de interpretaciones o ejecuciones en formato digital; y (ii) el almacenamiento en formato digital de una interpretación o ejecución es un acto de reproducción en el sentido de dicho artículo.

## **5.2.- El derecho de distribución.**

Hasta la adopción del WPPT en 1996, los artistas intérpretes o ejecutantes no tenían reconocido en instrumento internacional alguno un derecho específico de distribución sobre sus

---

<sup>1783</sup> MASOUYÉ, Claude, *Guía de la Convención de Roma*, *óp. cit.*, pág. 57.

<sup>1784</sup> Declaración concertada relativa al artículo 7: *El derecho de reproducción, según queda establecido en el artículo 7, y las excepciones permitidas en virtud de ese artículo y de los artículos 8 a 13, se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida en formato digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de este artículo.*

interpretaciones o ejecuciones fijadas. Dicha carencia fue resuelta, con respecto a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma, mediante el art. 8 del WPPT<sup>1785</sup> y, con respecto a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en una fijación audiovisual, mediante el art. 8 del Tratado de Beijing<sup>1786</sup>.

Ahora bien, tal y como se indicaba en la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas del WPPT, durante los debates que llevaron a la negociación de dicho instrumento, “resultó evidente que el principio de un derecho general de distribución para los artistas intérpretes o ejecutantes, acompañado de las disposiciones adecuadas sobre el agotamiento, había adquirido una aceptación internacional amplia”<sup>1787</sup>.

Así, tanto el WPPT (art. 8.1), primero, como el Tratado de Beijing, después, incluyen un reconocimiento expreso del derecho de distribución de los artistas intérpretes o ejecutantes, definiendo en ambos casos dicho acto como la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de obras o interpretaciones o ejecuciones fijadas, mediante su venta o transferencia de la propiedad.

Son tres los elementos esenciales de la definición, y que configuran este derecho exclusivo, a saber: (i) el objeto de dicho acto de explotación, que ha de ser un ejemplar físico, ya sea el original o una reproducción del mismo, (ii) la forma en que se perfecciona el acto, que es la venta u otra forma de transferencia de la propiedad – en oposición a otros posibles derechos reales que pudieran llegar a ostentarse sobre tales ejemplares –, y (iii) el carácter permanente de dicha transferencia, habida cuenta que el comprador adquiere la propiedad del ejemplar.

---

<sup>1785</sup> Art. 8 del WPPT.- Derecho de distribución

1) Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, mediante venta u otra transferencia de propiedad.

2) Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la interpretación o ejecución fijada con autorización del artista intérprete o ejecutante.

<sup>1786</sup> 1. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, mediante venta u otra transferencia de propiedad.

2. Nada de lo dispuesto en el presente Tratado afectará a la facultad de las Partes Contratantes para determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho mencionado en el párrafo 1 después de la primera venta u otra transferencia de propiedad, con autorización del artista intérprete o ejecutante, del original o de un ejemplar de la interpretación o ejecución fijada.

Declaración concertada relativa a los artículos 8 y 9: Tal como se la utiliza en estos artículos, la expresión "original y ejemplares", sujeta al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos artículos, hace referencia exclusivamente a ejemplares fijados que pueden ponerse en circulación como objetos tangibles.

<sup>1787</sup> Nota 9.02, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas del Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas (WPPT) – documento OMPI CRNR/DC/5, de 30 de agosto de 1996, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/crn\\_r\\_dc/crn\\_r\\_dc\\_5.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/crn_r_dc/crn_r_dc_5.pdf)

En cuanto al objeto, si bien el texto del art. 8.1 es claro al respecto (el *original* y los *ejemplares*), incluye una declaración concertada, igualmente referida al art. 9 sobre el derecho de alquiler<sup>1788</sup>, a cuya virtud ambas expresiones se refieren *exclusivamente a ejemplares fijados que pueden ponerse en circulación como objetos tangibles*.

Con esta declaración concertada se zanja cualquier posible debate en torno a la naturaleza de los derechos de distribución y alquiler, o a su posible confusión con determinadas transmisiones digitales interactivas de interpretaciones o ejecuciones fijadas. Así, pese a que determinados contenidos digitales se ofrezcan comercialmente bajo la denominación de *compra* o *alquiler*, en función de si la descarga desde la red es permanente o temporal, tales actos se corresponden con el mismo supuesto de explotación, a saber: la puesta a disposición interactiva que, como hemos dicho, cuenta con su propia configuración y regulación en el art. 10 del Tratado.

Respecto de la definición apuntada, y matizada – si quiera de manera redundante – por la precitada declaración concertada, la primera apreciación que cabe realizar, por obvia que resulte, es que únicamente las interpretaciones o ejecuciones fijadas son susceptibles de distribución, es decir, no cabe la distribución de una interpretación o ejecución no fijada – de ahí que no se incluya en el art. 6 del Tratado.

La segunda apreciación, igualmente obvia, es que el objeto de distribución es el *ejemplar*, de tal suerte que quien adquiere la propiedad del mismo no adquiere derecho alguno sobre la obra o sobre la interpretación o ejecución incorporada.

Por lo demás, cumple advertir que la regulación del derecho de distribución en el art. 8 del Tratado de Beijing coincide con la del artículo 8 del WPPT, con la única y evidente salvedad de sus respectivos ámbitos: así, mientras este último únicamente incluye las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, aquél incluye las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.

Y, por último, cumple traer a colación el agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta, también fue abordada durante los trabajos preparatorios del WCT y del WPPT.

---

<sup>1788</sup> No en vano el alquiler se considera en numerosos ordenamientos jurídicos una modalidad particular de distribución -*Vid.* epígrafe 5.3 de este Capítulo.

A este respecto recuérdese que en relación con el derecho de distribución sobre determinadas obras cinematográficas, reconocido en el art. 14.1.ii) del Convenio de Berna, se concluyó que estaba limitado a la primera venta o puesta en circulación de los ejemplares, y ello sobre la base de la expresión empleada en la versión francesa del Acta de Bruselas (*mise en circulation* ó *puesta en circulación*). Dicha conclusión fue igualmente aceptada en relación con el derecho de distribución *implícito* o *inherente* al derecho de reproducción, en los términos apuntados más arriba.

Ahora bien, la Conferencia Diplomática de 1996 no quiso dejar esta cuestión al albur de labores interpretativas posteriores, ni de la determinación de la versión [idioma] prevalente en caso de contradicción, y ya desde el Comité de Expertos encargado de la preparación del WCT y del WPPT se elaboraron diversas propuestas a este respecto, tendentes a reconocer expresamente dicho agotamiento, si quiera territorialmente.

Así, se sugirió que el art. 8 del WPPT (y 6 del WCT) incluyera una cláusula relativa al agotamiento nacional o regional [en algunas zonas de integración económica, tales como la entonces Comunidad Europea], y con ello, el reconocimiento de un derecho de importación. De hecho, la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas debatida en 1996 contenía una Variante que preveía un derecho de importación, “adicional al derecho general de distribución, para los artistas intérpretes o ejecutantes respecto de copias de sus interpretaciones o ejecuciones”<sup>1789</sup>.

Sin embargo, ninguna de tales propuestas tuvo éxito durante la Conferencia Diplomática de 1996, y finalmente se optó por introducir una cláusula extremadamente flexible, la del segundo párrafo de los arts. 6 del WCT y 8 del WPPT (y, posteriormente, art. 8.2 del Tratado de Beijing), a cuya virtud las Partes Contratantes tienen plena libertad para decidir si aplican el agotamiento del derecho de distribución tras su primera venta u otra transferencia de la propiedad del original o ejemplar y, en su caso, determinar las condiciones pertinentes a tal efecto.

---

<sup>1789</sup> Nota 9.05, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas del Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas (WPPT) – documento OMPI CRNR/DC/5, de 30 de agosto de 1996, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/crn\\_r\\_dc/crn\\_r\\_dc\\_5.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/crn_r_dc/crn_r_dc_5.pdf)  
Efectivamente, el art. 9 de dicha Propuesta Básica (el art. 8 del WPPT), contenía una variante [Variante E] que reconocía el denominado derecho de importación del artista intérprete o ejecutante:

1. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar:  
i) la puesta a disposición del público del original y de las copias de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas (...)  
ii) la importación del original y de las copias de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas (...)  
2. La legislación nacional de una Parte Contratante podrá prever que el derecho contemplado en el párrafo 1)i) no se aplica respecto de la distribución del original o de cualquier copia de una interpretación o ejecución fijada que haya sido vendido o cuya titularidad se haya transferido de cualquier forma en el territorio de esa Parte Contratante mediante autorización o en cumplimiento de ésta.  
3. El derecho de importación contemplado en el párrafo 1)ii) no se aplica cuando la importación es efectuada por una persona únicamente para su utilización personal y no comercial como parte de su equipaje personal.



### 5.3.- El derecho de alquiler.

El art. 9 del Tratado de Beijing<sup>1790</sup> reconoce a los artistas, en los términos que analizaremos seguidamente, el derecho exclusivo de autorizar el alquiler del original y de los ejemplares de sus interpretaciones audiovisuales. Ahora bien, este precepto faculta igualmente a las Partes Contratantes a no reconocer dicho derecho cuando concurren determinadas circunstancias, que también analizaremos seguidamente.

El primer instrumento internacional que prevé un derecho exclusivo de alquiler es el Acuerdo sobre los ADPIC, cuyo art. 11 reconoce a los autores de programas de ordenador y de obras cinematográficas *el derecho de autorizar el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras*. En el caso de las obras cinematográficas el mismo art. 11 reserva a las Partes Contratantes la facultad de no reconocer tal derecho en sus respectivos ordenamientos internos, *a menos que el arrendamiento haya dado lugar a una realización muy extendida de copias de esas obras que menoscabe en medida importante el derecho exclusivo de reproducción* [la denominada prueba del “menoscabo considerable”], en cuyo caso se impone la obligación de reconocer el derecho exclusivo de alquiler a los autores de dichas obras. Por su parte, los programas de ordenador quedan excluidos del ámbito del precitado derecho de alquiler cuando el objeto esencial del arrendamiento no sea el programa en sí (*ex. art. 11*).

Con respecto a los fonogramas, el art. 14.4 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que las disposiciones del art. 11 relativas a los programas de ordenador se aplican *mutatis mutandis* a los productores de fonogramas y a todos los demás titulares de los derechos sobre los fonogramas (según lo determine la legislación de cada Miembro). Es decir, conforme al Acuerdo sobre los ADPIC, los fonogramas únicamente quedan incluidos dentro del ámbito del derecho de alquiler, cuando el objeto esencial del arrendamiento es, precisamente, el fonograma en sí. En ese caso, además, el mismo artículo 14.4 prevé la posibilidad de mantener un sistema de remuneración equitativa, sometido a una cláusula de anterioridad combinada con la prueba del menoscabo

---

<sup>1790</sup> 1. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar el alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, según lo dispuesto en la legislación nacional de las Partes Contratantes, incluso después de su distribución realizada por el artista intérprete o ejecutante o con su autorización.

2. Las Partes Contratantes estarán exentas de la obligación establecida en el párrafo 1, a menos que el alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de esas fijaciones que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción de los artistas intérpretes o ejecutantes.

Declaración concertada relativa a los artículos 8 y 9: Tal como se la utiliza en estos artículos, la expresión “original y ejemplares”, sujeta al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos artículos, hace referencia exclusivamente a ejemplares fijados que pueden ponerse en circulación como objetos tangibles.

considerable: *si, en fecha de 15 de abril de 1994, un Miembro aplica un sistema de remuneración equitativa de los titulares de derechos en lo que se refiere al arrendamiento de fonogramas, podrá mantener ese sistema siempre que el arrendamiento comercial de los fonogramas no esté produciendo menoscabo importante de los derechos exclusivos de reproducción de los titulares de derechos.*

Cumple recordar que para cuando los trabajos preparatorios del WCT y del WPPT entraron en su fase final, el Acuerdo sobre los ADPIC ya se encontraba en vigor. El principal efecto de esta circunstancia fue que determinadas cuestiones, como la del alquiler – entonces aún objeto de debate en el marco de las negociaciones del WCT y del WPPT –, ya habían sido acordadas en la Ronda de Uruguay, por lo que, como señala FICSOR, “ya no fue necesario continuar con las negociaciones sobre esas cuestiones, sino que se incluyeron las normas pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC en los dos tratados como parte de las nuevas normas internacionales actualizadas”<sup>1791</sup>.

De esta manera, el derecho de alquiler finalmente incluido en los arts. 7 del WCT y 9 del WPPT, y dentro de sus respectivos ámbitos, se configura de la siguiente manera:

En el caso de los programas de ordenador: se reconoce al autor el derecho exclusivo de alquiler, salvo que el programa de ordenador no sea el objeto esencial del arrendamiento (art. 7 WCT).

En el caso de los fonogramas: se reconoce al derecho exclusivo de alquiler, a los productores de fonogramas (art. 13.1 WPPT), así como al autor de las obras incorporadas en el fonograma y a los artistas intérpretes o ejecutantes, *tal como establezca la legislación nacional de las Partes Contratantes*, tanto al autor de las obras incorporadas en el fonograma (arts. 7 WCT y 9.1 WPPT, respectivamente). En todo caso, y con respecto a aquellas Partes Contratantes que a 15 de abril de 1994 aplicaban un sistema de remuneración equitativa a favor de los productores de fonogramas, de los autores y de los artistas intérpretes o ejecutantes por el alquiler comercial de fonogramas, se prevé que puedan mantenerlo, a condición de que dicha actividad [el alquiler comercial de fonogramas] no de lugar al menoscabo considerable del derecho exclusivo de reproducción de cada una de las categorías indicadas de titulares (autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas) – arts. 7.3 WCT, y 9.2 y 13.2 WPPT.

---

<sup>1791</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados óp. cit.*, pág. 15.

En el caso de las obras cinematográficas: se reconoce al autor el derecho exclusivo de alquiler, *a menos que ese alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de dicha obra que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción* (art. 7 WCT).

El esquema anterior nos ayudará a comprender ahora la razón de ser de la importante limitación que introduce el art. 9.2 del Tratado de Beijing en relación con el derecho de alquiler de los artistas intérpretes o ejecutantes con respecto a sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, considerando que el soporte o medio en el que estos fijan sus interpretaciones o ejecuciones y en el que los autores incorporan su obra cinematográfica es el mismo. Y es que pudiera carecer de sentido privar de ese derecho al autor de la obra cinematográfica (con la salvedad indicada *ut supra*), mientras se reconoce y protege a los artistas intérpretes o ejecutantes que han fijado su interpretación o ejecución en la misma fijación [soporte o medio] que incorpora dicha obra cinematográfica. Con este razonamiento no pretendemos justificar los motivos que llevaron a la Ronda de Uruguay a acordar semejante exclusión, sino que nos limitamos a explicar los motivos del distinto régimen de protección, con respecto al derecho de alquiler, reconocido a los artistas intérpretes o ejecutantes en función de si fijan sus interpretaciones o ejecución en un fonograma (art. 9 WPPT) o en una fijación audiovisual (art. 9 del Tratado de Beijing)<sup>1792</sup> – con el alcance y matices que seguidamente se analizan.

Si bien ningún instrumento nos dice qué se debe entender por *alquiler* [o arrendamiento, en el lenguaje del Acuerdo sobre los ADPIC], lo cierto es que la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas del WPPT incluía una definición propuesta por Argentina, a cuya virtud el alquiler sería “toda transferencia de la posesión de un ejemplar de un fonograma [o, en general, de una fijación, sea esta sonora o audiovisual], a título oneroso, por un periodo de tiempo limitado”, y en la nota correspondiente se aclaraba que no se había incluido una definición de “préstamo público”, pero que “normalmente se entiende por “préstamo público” la transferencia de la posesión de un objeto durante un periodo limitado de tiempo, sin cargo, en una transacción no lucrativa”<sup>1793</sup>.

---

<sup>1792</sup> Es más, tal y como manifestó la delegación peruana durante la Conferencia Diplomática de 1996 (en las Actas Resumidas de la Comisión Principal I, documento OMPI CRNR/DC/102, de 26 de agosto de 1997, par. 841), podría decirse que la tendencia a discriminar según el tipo de obra no corresponde con la filosofía del Convenio de Berna, ni del resto de Tratados administrados por la OMPI, sino a la del Acuerdo sobre los ADPIC. En este sentido, dicha delegación abogó a favor de un derecho de alquiler general, tal como se encuentra en la Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena, o en la Directiva europea de 1992 sobre el derecho de alquiler y préstamo. De haber tenido éxito esta propuesta, ni los autores de obras cinematográficas (en el WCT), ni los artistas intérpretes o ejecutantes audiovisuales (en el Tratado de Beijing), hubieran visto limitado su derecho de alquiler. Ahora bien, según recuerda FICSOR, “durante los trabajos preparatorios del WCT y el WPPT se había adoptado una suerte de principio orientador según el cual no se debería modificar ninguno de los acuerdos alcanzados en el marco de las negociaciones de la Ronda de Uruguay” -FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 209.

<sup>1793</sup> Art. 2.f) y nota 2.21, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas del Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas (WPPT) – documento OMPI CRNR/DC/5, de 30 de agosto de 1996, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/cnr\\_dc/cnr\\_dc\\_5.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/cnr_dc/cnr_dc_5.pdf)

Finalmente se optó por añadir el adjetivo “comercial” al alquiler (tal y como consta en los arts. 7 del WCT y 9 del WPPT y del Tratado de Beijing), de tal suerte que ya no era necesario incluir definición alguna a este respecto<sup>1794</sup>, al tiempo que se sentaba la distinta naturaleza del alquiler [comercial] y del préstamo público.

Es preciso advertir, en todo caso, que el alquiler es considerado por no pocas legislaciones nacionales, incluida la española, una forma más de la distribución, reconociendo un mismo derecho exclusivo (de autorizar la distribución del ejemplares físicos) con distintas modalidades (mediante su venta, alquiler, préstamo público, etc.).

Por último, y a este respecto, el art. 9 del Tratado de Beijing tiene aparejada una declaración concertada que incide en la coincidencia objetiva en la *distribución* y en el *alquiler comercial*, y a cuya virtud ambas expresiones se refieren *exclusivamente a ejemplares fijados que pueden ponerse en circulación como objetos tangibles*.

#### **5.4.- El derecho de puesta a disposición.**

Se ha debatido mucho sobre la naturaleza y alcance de este derecho de *puesta a disposición del público*, reconocido por vez primera a los artistas intérpretes o ejecutantes en el art. 10 del WPPT<sup>1795</sup> de forma esencialmente idéntica al art. 10 del Tratado de Beijing<sup>1796</sup> – con la única diferencia de que mientras aquél se refería a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, este último se refiere a las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales<sup>1797</sup>.

La redacción de este precepto, además, hace que sea innecesario definir la *puesta a disposición* en el art. 2 del Tratado, habida cuenta que dicho acto aparece descrito en el mismo precepto que reconoce el derecho – el art. 10 –, y consiste en la transmisión de la interpretación o ejecución

---

<sup>1794</sup> Así resumió el Presidente de la Comisión Principal I el parecer de un elevado número de delegaciones (en las Actas Resumidas de la Comisión Principal I, documento OMPI CRNR/DC/102, de 26 de agosto de 1997, pár. 657).

<sup>1795</sup> *Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.*

<sup>1796</sup> *Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, por medios alámbricos o inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.*

<sup>1797</sup> Tal y como se ha dicho en epígrafes anteriores, las expresiones “*fijadas en fonogramas*” y “*fijadas en fijaciones audiovisuales*” establecen los distintos ámbitos del WPPT y del Tratado de Beijing, toda vez que la invocación de uno u otro instrumento dependerá del soporte o medio (fonograma o fijación audiovisual) en el que el artista intérprete o ejecutante fije por primera vez su interpretación o ejecución no fijada. Efectivamente, “*fijadas*” se refiere al acto de esa primera fijación, mientras que “*fonogramas*” y “*fijaciones audiovisuales*” se refieren al resultado de dicho acto.

fijada, por medios alámbricos o inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a la misma desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

De dicha descripción se pueden extraer los elementos esenciales de este acto de explotación, siendo el primero de ellos que en todo caso la puesta a disposición supone la transmisión de la interpretación o ejecución, es decir, se establece una distinción contundente entre dicho acto y la distribución de ejemplares físicos (tangibles) de las interpretaciones o ejecuciones fijadas – que quedaría cubierta por el art. 8 del Tratado de Beijing.

El segundo elemento viene dado por la neutralidad tecnológica de la puesta a disposición, que puede llevarse a cabo por medios alámbricos (*v.gr.*, hilo, cable, fibra óptica, etc.) o inalámbricos (*v.gr.*, ondas electromagnéticas, rayos ópticos guiados, etc.), y mediante el uso de cualquier tecnología, analógica o digital.

El tercer elemento, quizás el más determinante, es el carácter interactivo del acto. Efectivamente, la puesta a disposición se refiere exclusivamente a los supuestos en los que los miembros del público tienen acceso a la interpretación o ejecución desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija, es decir, “se basa en la interactividad y en el acceso previa solicitud”<sup>1798</sup>, lo cual marca su diferencia fundamental con la comunicación al público tal y como aparece definida en el art. 2. Por tanto, y con independencia de que las Partes Contratantes puedan implementar el derecho de puesta a disposición como una modalidad [interactiva] de comunicación al público, el Tratado de Beijing, del mismo modo que el WPPT, adopta con toda rigidez la “solución marco” de 1996, al regular el derecho de puesta a disposición de manera independiente y completamente desvinculada del derecho de comunicación al público.

Así caracterizado el derecho exclusivo de puesta a disposición del público, cumple advertir, además, que el art. 10 del Tratado de Beijing se configura como el nivel mínimo de protección convencional al que están vinculadas las Partes Contratantes, pudiendo estas, además, reconocer en sus legislaciones nacionales un derecho de remuneración cuando el exclusivo ha sido objeto de cesión al productor de la grabación audiovisual.

Efectivamente, la obligación prevista en el art. 10 del Tratado es de carácter *mínimo*, es decir, obliga a las Partes Contratantes a reconocer a los artistas intérpretes o ejecutantes, al menos y

---

<sup>1798</sup> Nota 10.03, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

como mínimo, un derecho exclusivo de autorización en relación con la puesta a disposición de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.

Más aún, obliga a las Partes Contratantes a conceder ese derecho exclusivo a los artistas intérpretes o ejecutantes que sean nacionales de, o tengan su residencia habitual en, otra Parte Contratante, *ex. art. 3*, y con el alcance indicado en el *art. 4*.

Pero ello no significa que cada Parte Contratante no pueda aumentar la protección establecida en dicho artículo, por ejemplo, mediante el reconocimiento de un derecho de remuneración a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes cuando su derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición haya sido cedido, expresa o presuntivamente, al productor de la fijación audiovisual, tal y como por otra parte admite expresamente el *art. 12.3* del propio Tratado de Beijing al disponer que *independientemente de la cesión de los derechos exclusivos descrita supra, en las legislaciones nacionales o los acuerdos individuales, colectivos o de otro tipo se podrá otorgar al artista intérprete o ejecutante el derecho a percibir regalías o una remuneración equitativa por todo uso de la interpretación o ejecución, según lo dispuesto en el presente Tratado, incluyendo lo relativo a los artículos 10 y 11* – es decir, incluyendo la puesta a disposición, así como la radiodifusión y comunicación al público.

## **5.5.- El derecho de radiodifusión y de comunicación al público.**

La configuración del derecho de radiodifusión y comunicación al público (*art. 11* del Tratado de Beijing<sup>1799</sup>) fue, tanto en el curso de los trabajos preparatorios como durante la propia Conferencia Diplomática de 2000, una de las cuestiones que más debates suscitó, tanto por la relevancia económica del derecho, como por la excesiva flexibilidad de la fórmula propuesta – y definitivamente adoptada –, que “ofrece a las Partes Contratantes una amplia gama de opciones,

---

<sup>1799</sup> 1. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.

2. Las Partes Contratantes podrán declarar, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI que, en lugar del derecho de autorización previsto en el párrafo 1, establecerán el derecho a una remuneración equitativa por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales. Las Partes Contratantes podrán declarar también que establecerán en su legislación las condiciones para el ejercicio del derecho a una remuneración equitativa.

3. Toda Parte Contratante podrá declarar que aplicará las disposiciones del párrafo 1 o 2 únicamente respecto de ciertas utilidades, o que limitará su aplicación de alguna otra manera, o que no aplicará ninguna de las disposiciones de los párrafos 1 y 2.

que se extienden desde el otorgamiento de un derecho exclusivo de autorización [o, en su lugar, un derecho de remuneración] hasta no otorgar ningún tipo de derecho”<sup>1800</sup>.

Ambas circunstancias, unidas a otra serie de factores e intereses generalmente contrapuestos, generaron un debate en el que se dieron todos los ingredientes necesarios para el desacuerdo; siendo el primero de tales ingredientes el que venía dado por la importancia extrema que este acto de explotación tiene en el sector audiovisual.

Además, ni la Convención de Roma ni el WPPT otorgan al artista intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la radiodifusión y comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma<sup>1801</sup>. Es decir, el reconocimiento de un derecho exclusivo a favor de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en una fijación audiovisual supondría otorgar a estas un mayor nivel de protección que a aquellas fijadas en un soporte sonoro o fonograma<sup>1802</sup>.

Y, en relación con el reconocimiento de un posible derecho de remuneración, se advirtió que los autores de las obras audiovisuales que incorporan las interpretaciones audiovisuales no tienen reconocido tal derecho por la radiodifusión y comunicación al público de tales obras, sino un derecho exclusivo, *ex. art. 8 WCT*<sup>1803</sup>. A este respecto, además, los representantes de determinadas asociaciones de organismos de radiodifusión<sup>1804</sup> expresaron la necesidad de adaptar las disposiciones del art. 14 bis del Convenio de Berna a los intérpretes y ejecutantes de las obras audiovisuales. Y es que, conforme a su apartado 2.b), *los autores de las contribuciones aportadas a la realización de la obra cinematográfica (...) no podrán, salvo estipulación en*

---

<sup>1800</sup> Nota 11.01, Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

<sup>1801</sup> La protección prevista por la Convención de Roma a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes comprende, conforme a su art. 7.1, la facultad de impedir la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones, *excepto cuando se haga a partir de una fijación*.

<sup>1802</sup> Efectivamente, el derecho de remuneración reconocido por la Convención de Roma (art. 12) y el WPPT (art. 15) a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes [y productores de fonogramas] por la radiodifusión y comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma está vinculado a un uso secundario de los mismos, a saber, dicha remuneración procede cuando tales actos de explotación se llevan a cabo a partir de un fonograma *publicado con fines comerciales* (para su venta al público). Esta justificación no parece plenamente aplicable con respecto a las obras audiovisuales que incorporan las interpretaciones o ejecuciones cubiertas por el Tratado de Beijing.

<sup>1803</sup> Efectivamente, el art. 8 WCT dispone que *sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter.1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*. Ahora bien, el art. 11.bis.2) del Convenio de Berna admite la posibilidad de que cada país de la Unión establezca las condiciones que estime convenientes para el ejercicio del derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de obras literarias y artísticas, incluida, por tanto, su gestión colectiva o incluso su limitación a través de una licencia legal, pero sin que tales condiciones o forma de ejercicio puedan *atentar (...) al derecho que le corresponda [al autor] para obtener una remuneración equitativa*.

<sup>1804</sup> Fundamentalmente la Asociación Internacional de Radiodifusión (AIR), en representación de las asociaciones de radio y televisión privadas de las tres Américas - <http://www.airiab.com/>

*contrario o particular, oponerse a la (...) radiodifusión, comunicación al público.* Con independencia de que esta cuestión, en el marco del Tratado de Beijing, entraría de lleno en la regulación de la cesión de derechos, o de la habilitación para su ejercicio (art. 12), lo cierto es que la inhabilitación prevista en el art. 14 bis del Convenio de Berna únicamente opera en ausencia de pacto en contrario (es una presunción *iuris tantum*) y no alcanza a todos los autores, pues el tercer párrafo de dicho artículo deja a salvo de la misma a los autores de los guiones, diálogos y obras musicales creados para la realización de la obra cinematográfica, así como al realizador principal de la misma<sup>1805</sup>.

Pese a que todos estos ingredientes apuntaban a una compleja negociación que pudiera haber tenido como resultado, cuando menos, una alteración sustancial de la propuesta básica inicial [si bien es cierto que la misma ya había sido ampliamente debatida y negociada durante los trabajos preparatorios], cumple advertir que el texto finalmente adoptado no difiere mucho de aquella<sup>1806</sup>.

Ahora bien, esta fórmula, lejos de resolver los problemas arriba apuntados, añade otros. Así, y en primer lugar, carece de efecto armonizador, al reconocer a las Partes Contratantes la más amplia libertad en la regulación de este derecho - que puede pasar por el reconocimiento de un derecho exclusivo o, en su lugar, un derecho de remuneración, o no reconocer ningún derecho por al artista intérprete o ejecutante por la radiodifusión y comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales, o limitar uno u otro derecho a ciertas modalidades de explotación. Ello puede implicar, además, y en segundo lugar, una importante distorsión en el régimen de trato nacional, en la medida en que el régimen de protección de este derecho experimentaría grandes variaciones de una Parte Contratante a otra<sup>1807</sup>.

Sobre el concepto de radiodifusión y comunicación al público ya hemos realizado un amplio y detallado análisis en los epígrafes correspondientes<sup>1808</sup>, por lo que no nos detendremos más en esta cuestión.

---

<sup>1805</sup> Conforme al art. 14 bis.3), *a menos que la legislación nacional no disponga otra cosa, las disposiciones del apartado 2. b) anterior no serán aplicables a los autores de los guiones, diálogos y obras musicales creados para la realización de la obra cinematográfica, ni al realizador principal de ésta.*

<sup>1806</sup> 1. *Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho a autorizar la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.*

2. *Las Partes Contratantes pueden establecer, en lugar del derecho de autorización previsto en el párrafo 1), el derecho a una remuneración equitativa por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales. Las Partes Contratantes pueden establecer en su legislación las condiciones para el ejercicio del derecho a una remuneración equitativa.*

3. *Toda Parte Contratante podrá declarar, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI, que aplicará las disposiciones del párrafo 2) únicamente respecto de ciertas utilidades, o que limitará su aplicación de alguna otra manera, o que no aplicará ninguna de las disposiciones de los párrafos 1) y 2).*

<sup>1807</sup> Vid. epígrafe 2.3 de este Capítulo.

<sup>1808</sup> Vid. epígrafe 2.1 de este Capítulo.



Si cumple recordar, no obstante, que el derecho [tanto el exclusivo como el de remuneración] previsto en el art. 11 del Tratado se refiere a la radiodifusión y comunicación al público de las interpretaciones audiovisuales *fijadas*, no en vivo. Ello no sólo supone una novedad, especialmente el exclusivo<sup>1809</sup>, con respecto a la Convención de Roma y al WPPT, sino que además, y con independencia de la fórmula escogida por cada Parte Contratante [en la medida en que decida aplicar uno u otro derecho], sirve como mayor garantía de protección de la interpretación audiovisual.

Por último, y en relación con la posibilidad de reconocer al artista un derecho de remuneración, establece el art. 11.2 establece *in fine* que *las Partes Contratantes podrán declarar también que establecerán en su legislación las condiciones para el ejercicio del derecho a una remuneración equitativa* – Y esto, precisamente, es lo que ha hecho Eslovaquia, por ejemplo, con ocasión de su adhesión al Tratado<sup>1810</sup>, al declarar que “de conformidad con el Artículo 11, párrafo 2, del Tratado la República de Eslovaquia declara que ha fijado las condiciones en su legislación para el ejercicio del derecho de remuneración equitativa”<sup>1811</sup>.

A este respecto ya advertía la Propuesta Básica de 2000 que, “por ejemplo, las Partes Contratantes podrán establecer la gestión colectiva del derecho [de remuneración] y especificar las modalidades de la administración de esos derechos”, pudiendo las Partes Contratantes, además, “establecer en su legislación nacional disposiciones sobre la cuestión de quién es responsable del pago de la remuneración”<sup>1812</sup>.

## **5.6.- La cesión de los derechos exclusivos: el controvertido artículo 12.**

### **5.6.1.- Ámbito del artículo 12 – interpretaciones cubiertas por el Tratado.**

Tal y como se desprende de su redacción, las disposiciones del art. 12 ofrecen una flexibilidad muy amplia [pero no ilimitada] a las Partes Contratantes. Los tres párrafos contienen el verbo *poder*: una Parte Contratante *puede disponer, puede exigir y podrá otorgar* – lo que significa que

---

<sup>1809</sup> Pero también el de remuneración, al referirse a toda suerte de radiodifusión y comunicación al público, y no sólo a aquellos actos que podrían considerarse usos secundarios.

<sup>1810</sup> Mediante instrumento de 22 de mayo de 2014.

<sup>1811</sup> *In accordance with Article 11, paragraph 2 of the Treaty the Slovak Republic declares that it has set conditions in its legislation for the exercise of the right to equitable remuneration.*

<sup>1812</sup> Nota 11.03 en la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

la legislación nacional de una Parte Contratante se adecuará al Tratado aún cuando no incluya estas disposiciones.

En todo caso, y antes de analizar las opciones que esta amplia flexibilidad ofrece a las Partes Contratantes, es necesario interpretar la condición básica contenida en el primer párrafo del artículo: *cuando el artista intérprete o ejecutante haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual*. Ello es necesario, en particular, para delimitar el verdadero ámbito de aplicación del Tratado, y así evitar malentendidos.

Así, todas las propuestas iniciales de redacción se referían al consentimiento [del artista intérprete o ejecutante] para la “incorporación” o “inclusión” de la interpretación o ejecución en una fijación audiovisual. Sin embargo, el texto finalmente adoptado se refiere a la “fijación” – como acto, no como soporte.

Resulta evidente que el acto de “fijar” difiere sustancialmente del de “incorporar” o “incluir”, puesto que mientras que aquél se refiere exclusivamente a la primera fijación de la interpretación o ejecución hasta entonces no fijada, éstos pueden referirse tanto a las interpretaciones o ejecuciones aún no fijadas como a aquellas ya fijadas o preexistentes y que posteriormente se incorporan a otra fijación (en este caso audiovisual).

Ello es lógico, además, habida cuenta que los derechos objeto de cesión son los que *este* (y ningún otro) Tratado reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes, y la razón de ser de su cesión al productor de la fijación audiovisual es, precisamente, el vínculo (generalmente contractual) entre aquellos y éste. Vínculo que se manifiesta en una relación, ya sea laboral o mercantil, a cuya virtud el productor remunera al artista y éste, a su vez, lleva a cabo la interpretación o ejecución que será objeto de *fijación*. Por tanto, puede concluirse que el Tratado únicamente ampara aquellas interpretaciones o ejecuciones llevadas a cabo frente a la cámara o dispositivo de grabación – es decir, aquellas interpretaciones o ejecuciones realizadas expresamente para su fijación en la fijación audiovisual.

Así lo entiende, además, la doctrina más autorizada, entre otros FICSOR<sup>1813</sup>: “El consentimiento del artista intérprete o ejecutante es necesario para dicho acto de fijación, por virtud del derecho exclusivo establecido en el Artículo 6 (ii) del Tratado – cuyo objeto es la interpretación o

---

<sup>1813</sup> FICSOR, Mihály, *Tratado de Beijing*, *óp. cit.*

ejecución aún sin fijar del artista intérprete o ejecutante. De ello se sigue (i) que todos los derechos previstos en los Artículos 7 a 11 del Tratado cubren aquellas interpretaciones o ejecuciones que estaban sin fijar y que son fijadas por vez primera en una fijación audiovisual, y (ii) que, en el Artículo 12 del Tratado, el texto *cuando el artista intérprete o ejecutante haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual* se refiere al consentimiento del artista intérprete o ejecutante que – en ejercicio de su derecho exclusivo previsto en el Artículo 6 (ii) del Tratado – ha consentido la fijación, en una grabación audiovisual, de su interpretación o ejecución aún sin fijar. (En otro orden de cosas, cuando el consentimiento para la primera fijación de una interpretación o ejecución en vivo en una grabación audiovisual se presta para la producción final – en particular de una obra audiovisual – dicho consentimiento implica los subsiguientes actos de reproducción necesarios para realizar la producción final)”.

#### **5.6.2.- Las opciones previstas en el artículo 12.**

Al amparo del primer párrafo de este art. 12, las Partes Contratantes tienen *libertad* para disponer (*una Parte Contratante podrá disponer*) que en aquellos casos en los que los artistas intérpretes o ejecutantes consienten la *fijación* de sus interpretaciones o ejecuciones en fijaciones audiovisuales, y en ausencia de contrato en contra: (a) que la titularidad inicial de los derechos exclusivos previstos en los arts. 7 a 11 del Tratado corresponderá a los productores (*pertenecerán al productor*); o (b) que los productores tendrán el derecho a ejercitar tales derechos (*habilitación para ejercer*); o (c) que tales derechos son cedidos a los productores.

Cualquiera de las tres alternativas es igualmente válida, y también lo sería el hecho de no contemplar ninguna de ellas. Es decir, el Tratado no impone sistema o criterio alguno a este respecto, respetando con ello escrupulosamente los distintos sistemas en liza – el continental de Derecho de Autor y el anglosajón del *Copyright*. Esta flexibilidad fue la que, de hecho, permitió la adopción definitiva del Tratado, 12 años después de que la Conferencia Diplomática de 2000 fracasara, precisamente por la incapacidad manifiesta de las Partes para ponerse de acuerdo en esta cuestión.

En todo caso, es preciso advertir que, con independencia de la opción escogida, el segundo párrafo permite someter la validez del *consentimiento* [que activaría las consecuencias arriba indicadas] a la existencia de un contrato en forma escrita; mientras que el tercer párrafo permite que las legislaciones nacionales o los acuerdos individuales, colectivos o de cualquier otra

naturaleza reconozcan a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho a recibir *regalías o una remuneración equitativa*, con independencia de la cesión de sus derechos.

### **5.6.3.- La cláusula de salvaguarda de los derechos de remuneración.**

El tercer párrafo del art. 12 permite a las legislaciones nacionales y a los acuerdos individuales, colectivos o de otro tipo otorgar al artista intérprete o ejecutante el derecho a percibir regalías o una remuneración equitativa por todo uso de su interpretación o ejecución.

Conviene dejar aquí sentado que pese a que el art. 11 del Tratado es el único en el que se contempla expresamente la posibilidad de reconocer un derecho de remuneración [en este caso por la comunicación pública de las fijaciones audiovisuales], lo cierto es que la fórmula empleada en el tercer párrafo del art. 12 amplía dicha posibilidad a todo uso de la fijación audiovisual – citando expresamente la comunicación pública (art. 11) y la puesta a disposición (art. 10).

En todo caso, el tercer párrafo del art. 12 va más allá de reconocer dicha posibilidad a las Partes Contratantes, pues establece que dicho reconocimiento no se verá afectado por la cesión de los derechos exclusivos descrita en el primer párrafo. Es decir, la cesión (así como la habilitación para el ejercicio y la titularidad inicial) está limitada a los derechos exclusivos de autorizar – más concretamente a los previstos en los arts. 7 a 11 –, y no a los derechos de remuneración (ni a los morales, obviamente).

En todo caso, la redacción de este tercer párrafo abre ciertos interrogantes, especialmente acerca de si la cláusula de salvaguarda está únicamente referida a la cesión de los derechos exclusivos – tal y como reza el propio art. 12.3 –, o si por el contrario también es de aplicación al resto de supuestos (titularidad originaria y habilitación para el ejercicio) previstos en el art. 12.1. Si nos atenemos al tenor literal de dicho párrafo concluiríamos afirmando que la cláusula de salvaguarda no es de aplicación en los casos de habilitación para el ejercicio o de titularidad inicial, de tal modo que cuando las legislaciones nacionales optaran por cualquiera de estas posibilidades (en base al primer párrafo), el tercer párrafo de este artículo no sería de aplicación. En otras palabras: puesto que el primer párrafo del art. 12 menciona tres posibilidades (titularidad originaria, habilitación para el ejercicio y cesión), mientras que el tercer párrafo sólo cubre la última, podría deducirse que este último no es de aplicación cuando la legislación

nacional de una Parte Contratante establece que los productores son los titulares de, o están habilitados para ejercitar, los derechos exclusivos reconocidos por el Tratado.

Este argumento, sin embargo, carece de sentido si nos fijamos en la rúbrica del artículo, a saber: *cesión de derechos*. Es decir, el artículo no lleva por rúbrica todas y cada una de las posibilidades previstas en su primer apartado y, pese a ello, todas éstas son igualmente válidas. Por tanto, desde esta perspectiva puede decirse que la expresión *cesión de derechos* en el tercer párrafo, al igual que en la rúbrica, cubre todos los supuestos – incluida la titularidad originaria y la habilitación para el ejercicio.

Además, y en todo caso, las tres opciones previstas en el primer párrafo están expresamente referidas [y limitadas] a los derechos exclusivos de autorizar, de tal suerte que los posibles derechos de remuneración no pueden verse afectados por ninguna de ellas.

## **6.- LÍMITES, EXCEPCIONES Y DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN QUE ESTABLECE EL TRATADO DE BEIJING.**

### **6.1.- Limitaciones y excepciones.**

En relación con los límites y excepciones a los derechos de los artistas sobre sus interpretaciones audiovisuales, y previstos en el art. 13 del Tratado de Beijing, el punto de partida viene dado por la Convención de Roma, cuyo art. 15 establece, en su primer párrafo, cuatro supuestos concretos en los que *los Estados contratantes podrán establecer en su legislación excepciones* a la protección concedida por dicha Convención, a saber: (a) *cuando se trate de una utilización para uso privado*; b) *cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad*; (c) *cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones*; y (d) *cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica*.

Sentadas tales excepciones *específicas*, el segundo párrafo de dicho art. 15 establece la posibilidad, con carácter general, de que todo Estado contratante establezca, además y también con respecto a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, cualesquiera otras

limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en su legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre obras literarias y artísticas.

Esta situación no se vio alterada con el Acuerdo sobre los ADPIC<sup>1814</sup>, cuyo art. 14.6 dispone, como se ha dicho, que en relación con los derechos reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes en dicho Acuerdo, *todo Miembro podrá establecer condiciones, limitaciones, excepciones y reservas en la medida permitida por la Convención de Roma*<sup>1815</sup>.

Es el WPPT el que abandona la estructura de Roma, suprimiendo en su art. 16 cualquier referencia a excepciones específicas o casos concretos, manteniendo únicamente, en su primer párrafo, la posibilidad de que las Partes Contratantes prevean *en sus legislaciones nacionales, respecto de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contiene su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas* (disposición que se corresponde con el precitado art 15.2 de la Convención de Roma).

El art. 16 WPPT incorpora, además, y por vez primera con respecto a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, la “regla de los tres pasos” originalmente prevista en el art. 9.2 del Convenio de Berna en relación con los posibles límites al derecho de reproducción del autor. Así, conforme al art. 16.2 WPPT, *las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten a la normal explotación de la interpretación o ejecución (...) ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante*.

Pues bien, la estructura y redacción del art. 13 del Tratado de Beijing es esencialmente la misma que la del art. 16 WPPT, tal y como se advirtió en la Propuesta Básica de 2000: “el Artículo 13 establece limitaciones y excepciones a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes previstos en el Instrumento propuesto. Siguen, tan exactamente como es posible, las disposiciones correspondientes del WPPT. Las únicas modificaciones son consecuencia del diferente objeto abordado por el Instrumento propuesto”<sup>1816</sup>.

---

<sup>1814</sup> Vid. epígrafe 4.3 del Capítulo X.

<sup>1815</sup> A este respecto es preciso advertir que el art. 13 del Acuerdo sobre los ADPIC establecía la denominada “regla de los tres pasos” como criterio de obligada observancia en relación con la imposición de limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos – si bien limitado a los derechos del autor, y no del artista intérprete o ejecutante (habida cuenta la remisión del art. 14.6 a la Convención de Roma con respecto a los límites y excepciones a los derechos de estos últimos).

<sup>1816</sup> Nota 13.01 en la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

Además, el art. 13 del Tratado de Beijing incorpora una declaración concertada, de idéntico tenor a su correlativa en el WPPT, y conforme a la cual *la declaración concertada relativa al artículo 10 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) también se aplica mutatis mutandis al artículo 13 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado.*

La declaración concertada al art. 10 del WCT, que se aplica *mutatis mutandis* al art. 13 del Tratado de Beijing, no hace sino reflejar el entendimiento de que las disposiciones de uno y otro artículo (así como del art. 16 WPPT) permiten a las Partes Contratantes (a) *aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna*; y (b) *establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.*

En definitiva, conforme a esta declaración concertada se persigue adaptar el lenguaje tecnológicamente neutro de los arts. 10 WCT, 16 WPPT y 14 del Tratado de Beijing, al entorno digital, con una flexibilidad tal para las Partes Contratantes que en realidad únicamente quedan sujetas a la “regla de los tres pasos” a la hora de aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, o incluso de establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas a este entorno.

## **6.2.- Duración de la protección.**

Conforme al art. 14 del Tratado de Beijing, *la duración de la protección que se conceda a los artistas intérpretes o ejecutantes en virtud del presente Tratado* – esto es, de los derechos que cada legislación nacional reconozca a los artistas, sobre sus interpretaciones audiovisuales, conforme a dicho instrumento – *no podrá ser inferior a 50 años, contados a partir del final del año en el que la interpretación o ejecución fue fijada* [en una fijación audiovisual].

Tal y como se advierte en la Propuesta Básica de 2000, este artículo “sigue la disposición correspondiente del WPPT [art. 17.1] tan fielmente como es posible. La única modificación es consecuencia del objeto que aborda el Instrumento propuesto”<sup>1817</sup>.

---

<sup>1817</sup> Nota 14.01 en la Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)

Efectivamente, los arts. 17.1 del WPPT y 14 del Tratado de Beijing son esencialmente idénticos, diferenciándose uno del otro exclusivamente en la naturaleza de la fijación que da lugar a los derechos objeto de protección. Así, mientras el art. 17.1 *in fine* del WPPT se refiere a *la interpretación o ejecución fijada en un fonograma*, su correlativo en el Tratado de Beijing no hace referencia al soporte o medio en el que se fija la interpretación, de lo que podría llegar a deducirse que sería de aplicación tanto a las interpretaciones o ejecuciones sonoras [fijadas en un fonograma] como a las audiovisuales. Sin embargo, al referirse dicho precepto expresamente a la protección concedida en virtud del tratado, observamos que los derechos que este instrumento reconoce a los artistas, por lo que a sus interpretaciones fijadas se refiere (arts. 5, 7, 8, 9, 10 y 11), están exclusivamente referidos a sus interpretaciones audiovisuales, es decir, *fijadas en fijaciones audiovisuales*.

Sí que es cierto, sin embargo, y como sucede con el WPPT, que el Tratado de Beijing no fija una duración mínima de la protección de los derechos del actor sobre sus interpretaciones en vivo, pese a reconocer derechos sobre las mismas (arts. 5 y 6).

## **7.- OBLIGACIONES RELATIVAS A LAS MEDIDAS TECNOLÓGICAS Y A LA INFORMACIÓN SOBRE GESTIÓN DE DERECHOS.**

### **7.1.- Medidas tecnológicas de protección.**

De poco serviría reconocer a los artistas un amplio elenco de derechos, incluso adaptados al entorno tecnológico actual (tal cual fue, como hemos dicho<sup>1818</sup>, el objetivo principal de los “Tratados Internet” – primero los WCT y WPPT y, dieciséis años más tarde, el Tratado de Beijing), si no se protegen, al mismo tiempo, las medidas de que disponen tales titulares para la protección, ejercicio y observancia de sus derechos, especialmente en dicho entorno tecnológico.

En este sentido, los “Tratados Internet” de la OMPI parten de la base de que han de ser los propios titulares de derechos los que decidan si aplican a sus obras e interpretaciones las correspondientes medidas tecnológicas de protección e información, destinadas, por un lado, a evitar el acceso o el uso no autorizado de tales obras e interpretaciones (*v.gr.*, codificación de señales de televisión, cifrado o encriptado de contenidos digitales, inscripción de información

---

<sup>1818</sup> *Vid.* epígrafe 4.4 del Capítulo X.



adicional en los soportes digitales para evitar su reproducción, etc.) y, por otro, a facilitar la gestión de los derechos sobre tales obras e interpretaciones (v.gr., inscripción de información en los soportes digitales, identificativa del autor, de los artistas, de los usos permitidos contractualmente, etc., o de códigos que representen dicha información).

La función de dichos Tratados (el de Beijing incluido) a este respecto, es proteger a aquellos titulares que decidan aplicar tales medidas a sus obras o interpretaciones.

Así, y por lo que a las medidas tecnológicas de protección se refiere, conforme al art. 15 del Tratado de Beijing, *las Partes Contratantes proporcionarán una protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la elusión de las medidas tecnológicas eficaces que sean utilizadas por los artistas intérpretes o ejecutantes en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado y que, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones, restrinjan actos que no estén autorizados por los artistas intérpretes o ejecutantes concernidos o permitidos por ley.*

A este respecto, cumple advertir, en primer lugar, que la protección dispensada por este artículo se refiere única y exclusivamente a las medidas tecnológicas “eficaces”, condición que no debe ser interpretada como infalibilidad o inviolabilidad práctica de tales medidas, de tal manera que nadie pueda eludirlas para lograr el acceso no autorizado a las interpretaciones audiovisuales protegidas, pues en tales casos el artista no precisaría de la protección prevista en el precitado art. 15.

Una medida tecnológica será “eficaz” si, en el marco de un uso *adecuado* de la obra o prestación, cumple con su cometido principal, a saber: impedir el acceso no autorizado a la misma. Así lo sugiere, entre otros, FICSOR, al afirmar que “para que una medida tecnológica de protección pueda considerarse efectiva, parece suficiente con que durante el transcurso normal de su acción, hagan preciso algún tipo de información, proceso o tratamiento específicos para conseguir el acceso a la obra protegida, y que dicha información, proceso o tratamiento sólo esté disponible con el permiso del titular de los derechos de autor [o conexos]”<sup>1819</sup>.

En segundo lugar, la protección jurídica y recursos que las Partes Contratantes deben proporcionar a este respecto son frente a los actos de *elusión* de tales medidas tecnológicas. Por “elusión” de medidas tecnológicas de protección debemos entender cualquier forma de

---

<sup>1819</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, óp. cit., pág. 222.

neutralización, eliminación, desactivación, eliminación o reducción de las mismas, de tal forma que se logre, total o parcialmente, el acceso no autorizado a la interpretación – acceso que se pretendía evitar con tales medidas.

Las medidas tecnológicas protegidas por esta disposición son, en todo caso, y consabidas las consideraciones anteriores, las empleadas por el artista, o por el cesionario de los derechos correspondientes, al objeto de restringir el acceso o uso de una interpretación audiovisual, cuando dicho acceso o uso no haya sido autorizado o no esté sujeto a excepción o limitación legal.

El hecho de que las medidas tecnológicas puedan ser utilizadas, no sólo por el artista, sino también por el cesionario de sus derechos (v.gr., el productor) se deduce del tenor de una de las dos declaraciones concertadas relativas al art. 15 del Tratado de Beijing, conforme a la cual, *la expresión “medidas tecnológicas que sean utilizadas por los artistas intérpretes o ejecutantes”, al igual que en el WPPT, debería interpretarse en un sentido amplio, para hacer referencia también a quienes actúan en nombre de los artistas intérpretes o ejecutantes, como sus representantes, licenciarios o cesionarios, entre los que cabe mencionar los productores, los proveedores de servicios y las personas que realizan actividades de comunicación o radiodifusión utilizando interpretaciones o ejecuciones con la debida autorización.*

Además, y como hemos dicho *ut supra*, las medidas tecnológicas de protección han de estar destinadas a restringir actos que no estén autorizados por los artistas (o por los cesionarios de sus derechos) o *permitidos por la ley*. Es decir, las medidas tecnológicas no podrán impedir el acceso o uso de la interpretación cuando tal acceso o uso no requiera de autorización conforme a ley – o, con mayor precisión, las Partes Contratantes no estarán obligadas a *proporcionar una protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la elusión de las medidas tecnológicas* en relación con aquellos usos amparados por una excepción o límite legal.

Pese a la claridad de esta disposición con respecto a los usos amparados por una excepción o límite (advertida, entre otros, por FICSOR<sup>1820</sup>), en el marco de las negociaciones previas a la Conferencia Diplomática de Beijing, Brasil propuso la adición de un nuevo párrafo segundo al art. 15 del Tratado, conforme al cual las medidas tecnológicas de protección no podrían impedir ni restringir *el ejercicio de excepciones y limitaciones o el uso de interpretaciones y ejecuciones que ya hayan pasado a formar parte del dominio público.*

---

<sup>1820</sup> FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, óp. cit., pág. 223.

Dicha propuesta inicial dio lugar a la negociación de una nueva declaración concertada al art. 15<sup>1821</sup> (“nueva” porque no constaba en los 19 artículos adoptados provisionalmente en 2000), aclarando que la incorporación de medidas tecnológicas de protección no puede impedir a las Partes Contratantes adoptar las medidas necesarias para permitir el ejercicio legítimo de las limitaciones y excepciones.

La importancia de esta declaración concertada reside en la relación que establece entre los arts. 15 (sobre medidas tecnológicas de protección) y 13 (sobre límites y excepciones) del Tratado. Efectivamente, tal y como apuntábamos *ut supra*, conforme al art. 15, las Partes Contratantes no están obligadas a *proporcionar una protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la elusión de las medidas tecnológicas* en relación con aquellos usos amparados por una excepción o límite legal.

Ahora bien, que en dichas circunstancias las medidas tecnológicas no sean objeto de protección jurídica no significa, sin embargo, que los titulares de derechos no las puedan utilizar, impidiendo al beneficiario de un límite o excepción el acceso y uso [lícito] de la interpretación así protegida. La cuestión es, entonces, el papel de las Partes Contratantes frente a situaciones como la descrita – más allá, insistimos, de privar de protección jurídica a tales medidas tecnológicas.

Así, conforme a la nueva declaración concertada, en tales situaciones – es decir, cuando los titulares de derechos no hayan tomado *medidas efectivas y adecuadas* para que el beneficiario de cualesquiera límites y excepciones sobre la interpretación pueda gozar de los mismos – se permite [*nada de lo dispuesto en el art. 15 lo impide*] a las Partes Contratantes *adoptar las medidas necesarias y efectivas para asegurar que ese beneficiario pueda gozar de las limitaciones y excepciones* previstas en la legislación nacional de cada Parte Contratante.

---

<sup>1821</sup> *Queda entendido que nada de lo dispuesto en el presente artículo impide que una Parte Contratante adopte las medidas necesarias y efectivas para asegurar que un beneficiario pueda gozar de las limitaciones y excepciones previstas en la legislación nacional de esa Parte Contratante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13, si se han aplicado medidas tecnológicas a una interpretación o ejecución audiovisual y si el beneficiario tiene acceso legal a dicha interpretación o ejecución, en circunstancias tales como cuando los titulares de derechos no hayan tomado medidas efectivas y adecuadas en relación con dicha interpretación o ejecución para que el beneficiario pueda gozar de las limitaciones y excepciones de conformidad con la legislación nacional de esa Parte Contratante. Sin perjuicio de la protección legal de que goce una obra audiovisual en la que esté fijada una interpretación o ejecución, queda entendido además que las obligaciones dimanantes del artículo 15 no son aplicables a las interpretaciones y ejecuciones no protegidas o que ya no gozan de protección en la legislación nacional que da aplicación al presente tratado*

Por tanto, y en definitiva, las Partes Contratantes no sólo no están obligadas a dispensar protección a las medidas tecnológicas que impidan todo acceso y uso permitido por la ley (sujeto a algún límite o excepción), sino que podrán tomar medidas para garantizar dicho acceso y uso, por ejemplo, mediante el levantamiento de las medidas tecnológicas aplicadas a la interpretación.

Ahora bien, todo ello está sujeto a las disposiciones del art. 13 (*conforme a lo dispuesto en dicho artículo*, estipula la declaración concertada), incluidas las relativas a la “regla de los tres pasos”, de tal suerte que la posible intervención pública frente a cualesquiera medidas tecnológicas de protección, incluido su posible levantamiento, estará restringida tanto a los derechos previstos en el Tratado, como a ciertos casos especiales que no atenten a la normal explotación de la interpretación ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista.

Este matiz es de suma relevancia, toda vez que una Parte Contratante no podrá actuar frente a las medidas tecnológicas utilizadas por un artista (o por el cesionario de sus derechos) cuando el uso que se persigue no esté cubierto por algún derecho expresamente previsto en el Tratado, ni cuando dicha actuación pueda atentar a la normal explotación de la interpretación o causar un perjuicio injustificado a los intereses del artista.

## **7.2.- Información sobre gestión de derechos.**

Como decíamos en el epígrafe anterior, y en relación con sus interpretaciones audiovisuales, el Tratado de Beijing permite a los artistas utilizar no sólo medidas tecnológicas de protección (destinadas a evitar el acceso o el uso no autorizado de tales interpretaciones), sino también otro tipo de medidas tecnológicas tendentes a facilitar la gestión de sus derechos sobre dichas interpretaciones. Tales medidas se concretan en la inclusión de determinada información en los soportes o medios digitales que incorporan las interpretaciones protegidas. Dichas información puede ir desde la identificación del artista, hasta la identificación de otros titulares de derechos sobre la obra incorporada en el mismo soporte o medio (e interpretada por el artista), así como de los términos y condiciones a que está sujeto cada uso. Sin embargo, y a este respecto, lo más habitual es añadir a dicho soporte o medio un código que representa tal información.

De manera más concreta, el art. 16.2 del Tratado de Beijing, y por lo que a las interpretaciones audiovisuales se refiere, determina que la “información sobre la gestión de derechos” incluye toda información *que identifica al artista intérprete o ejecutante, a la interpretación o ejecución del mismo, y al titular de cualquier derecho sobre la interpretación o ejecución, o la*

*información sobre las cláusulas y condiciones de la utilización de la interpretación o ejecución, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información esté adjunto a una interpretación o ejecución fijada en una fijación audiovisual.*

Y, con respecto a dicha información, el primer apartado de este mismo artículo establece la obligación de las Partes Contratantes de proporcionar *recursos jurídicos adecuados y efectivos* [que no *protección*, tal cual sucede en el caso de las medidas tecnológicas de protección<sup>1822</sup>] *contra toda persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo, o con respecto a recursos civiles teniendo motivos razonables para saber, que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado: (i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; o (ii) distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público, sin autorización, interpretaciones o ejecuciones, o ejemplares de interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.*

El art. 16 incorpora asimismo una declaración concertada, a cuya virtud la declaración concertada relativa al art. 12 del WCT (también sobre obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos) es aplicable *mutatis mutandis* al art. 16 del Tratado de Beijing. Dicha declaración concertada del WCT dispone, primero, que la referencia a “una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado [y, por remisión, en el Tratado de Beijing]” incluye tanto los derechos exclusivos como los derechos de remuneración; y, segundo, que las Partes Contratantes no podrán basarse en el precitado art. 16 para establecer o aplicar sistemas de gestión de derechos que tengan el efecto de imponer formalidades que no estén permitidas por el propio Tratado (art. 17).

## **8.- FORMALIDADES, RESERVAS, APLICACIÓN EN EL TIEMPO Y ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE BEIJING.**

Conforme al art. 17 del Tratado de Beijing, el goce y ejercicio de los derechos previstos en el mismo no estarán subordinados o sujetos a formalidad alguna, ya sea de registro, depósito, etc.

---

<sup>1822</sup> Si bien FICSOR opina que “la falta de coherencia entre los dos textos es el resultado de un mero descuido involuntario en la redacción, y que la naturaleza de las obligaciones de las Partes Contratantes es prácticamente la misma en las dos disposiciones: establecer unas normas adecuadas destinadas a prohibir los actos establecidos en las mismas (protección) y proporcionar recursos jurídicos efectivos en el caso de quebrantamiento de dicha prohibición” -FICSOR, Mihály, *Guía sobre los Tratados*, *óp. cit.*, pág. 226.

Por su parte, conforme al art. 18 del Tratado, la única reserva permitida al mismo es la prevista en su art. 11.3, conforme al cual, como hemos visto<sup>1823</sup>, toda Parte Contratante podrá declarar, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI, que aplicará las disposiciones del art. 11.2 [que prevé la posibilidad de reconocer al artista un derecho de remuneración por la radiodifusión y comunicación al público de sus interpretaciones fijadas en una fijación audiovisual, en lugar del derecho exclusivo previsto en el art. 11.2] únicamente respecto de ciertas utilidades, o que no aplicará ninguna de las disposiciones de los párrafos 1 y 2 – es decir, que no reconocerá ni el derecho exclusivo ni el de remuneración por la radiodifusión y comunicación al público.

Facultad de la que al día de la fecha únicamente han hecho uso China y Japón - y, si quiera de forma indirecta, Eslovaquia, que al adherirse al Tratado declaró haber fijado las condiciones en su legislación para el ejercicio del derecho de remuneración equitativa.

Con respecto a su aplicación en el tiempo, dispone el art. 19.1 del Tratado que las Partes Contratantes dispensarán la protección contemplada en el mismo a las interpretaciones fijadas existentes en el momento de su entrada en vigor, así como a cualesquiera otras interpretaciones que tengan lugar después de su entrada en vigor en cada Parte Contratante.

Ahora bien, conforme al art. 19.2, una Parte Contratante podrá declarar, mediante notificación depositada en poder del Director General de la OMPI, que no aplicará una o varias de las disposiciones contenidas en los arts. 7 a 11 (derechos patrimoniales sobre las interpretaciones audiovisuales fijadas) a las interpretaciones fijadas existentes en el momento de entrada en vigor del Tratado en esa Parte Contratante – respecto a la cual, las demás Partes Contratantes podrán limitar asimismo la aplicación de tales artículos.

Por último, dispone su art. 26 que el Tratado de Beijing entrará en vigor tres meses después de su ratificación o adhesión por parte de 30 Partes Contratantes o, con mayor precisión, tres meses

---

<sup>1823</sup> *Vid.* epígrafe 5.5 de este Capítulo.

después que 30 Partes que reúnan las condiciones mencionadas en el art. 23<sup>1824</sup> hayan depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión<sup>1825</sup>.

## 9.- CONCLUSIONES PARCIALES.

- 1ª.- Son más las virtudes que los defectos que podemos encontrar en el Tratado de Beijing, y ello no sólo porque pone fin a cinco décadas de injustificada discriminación entre los artistas en función del soporte o medio en el que fijen sus actuaciones, o de la naturaleza, sonora o audiovisual, de las mismas, sino también porque con este instrumento se reconoce al actor, a nivel internacional, derechos de propiedad intelectual sobre sus interpretaciones audiovisuales.
- 2ª.- Ambos objetivos, así enunciados, podrían haberse logrado igualmente mediante un instrumento mucho más limitado en cuanto a la protección dispensada. Sin embargo, y como hemos podido ver, la protección sustantiva reconocida a los actores por el Tratado de Beijing es esencialmente idéntica a la que el WPPT reconoce a los cantantes y músicos, si quiera con las tres excepciones ya indicadas en relación con el derecho moral de integridad (art. 5) y con los derechos patrimoniales de alquiler y de radiodifusión y comunicación al público (arts. 9 y 11, respectivamente).
- 3ª.- En relación con el derecho moral de integridad, ya advertíamos<sup>1826</sup> que el texto del art. 5.1.ii) del Tratado de Beijing difería de su correlativo en el WPPT, limitándolo en la medida en que aquél exige, para valorar el impacto que cualquier modificación de la interpretación audiovisual pudiera llegar a tener en la reputación del artista, que se tome *debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales*<sup>1827</sup>.

---

<sup>1824</sup> Conforme a su art. 23, cualquier Estado miembro de la OMPI podrá ser Parte en el Tratado de Beijing, así como aquellas organizaciones intergubernamentales que declaren tener competencia y contar con su propia legislación que obligue a sus Estados miembros respecto de las cuestiones reguladas por el Tratado – como por ejemplo la UE, que formuló dicha declaración durante la Conferencia Diplomática, pudiendo así ser Parte del mismo.

<sup>1825</sup> En septiembre de 2015 únicamente ocho países (Botsuana, Chile, China, Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Japón, Qatar y la República Árabe Siria) habían ratificado o se han adherido al Tratado, por lo que aún restan veintidós ratificaciones para que el mismo entre en vigor.

<sup>1826</sup> Vid. epígrafe 3.3 de este Capítulo.

<sup>1827</sup> Si bien es cierto que el derecho de integridad reconocido en el WPPT a los cantantes y músicos no encuentra semejante cláusula, también resulta innegable que la normal explotación de una obra audiovisual suele pasar necesariamente, y entre otros actos, por su reducción, compactación, edición y doblaje – dos claros ejemplos de ello viene dado por la necesidad de adaptar el formato de la obra en función del tamaño de la pantalla, o del idioma del país en el que la misma vaya a ser explotada. Esta circunstancia hizo necesario incluir la precitada cláusula en el texto del art. 5.1.ii) del Tratado de Beijing, acompañándola de una declaración concertada aclarando que determinadas modificaciones de una interpretación, llevadas a cabo durante la explotación normal y autorizada, tales como su edición, comprensión, doblaje o formateo, no constituyen violación alguna del derecho de

- 4ª.- En relación con el derecho de alquiler, hemos dicho<sup>1828</sup> que mientras el art. 9.2 del WPPT establece la posibilidad de mantener un sistema de remuneración equitativa a favor del artista, su correlativo en el Tratado de Beijing no sólo no brinda dicha posibilidad, sino que exige a las Partes Contratantes de su obligación de reconocer al artista el derecho exclusivo correspondiente<sup>1829</sup> –si bien cumple advertir, no obstante, que conforme al art. 12.3 del propio Tratado, bien pueden las Partes prever tal derecho de remuneración cuando el exclusivo haya sido cedido al productor.
- 5ª.- La última diferencia de trato dispensado a los artistas por uno y otro instrumento, WPPT y Tratado de Beijing, la encontramos en la configuración del derecho de radiodifusión y comunicación al público. Así, y mientras el primero no reconoce al artista el derecho exclusivo de autorizar tales actos de explotación sobre sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma, sino un mero derecho de remuneración por la utilización directa o indirecta del fonograma para la realización de tales actos (art. 15), el segundo, sin embargo, sí reconoce al actor el derecho exclusivo (art. 11.1), al tiempo que faculta a las Partes Contratantes para establecer en sus legislaciones nacionales un derecho de remuneración por tales actos de explotación, en lugar del derecho exclusivo (art. 11.2)<sup>1830</sup>.

---

integridad, toda vez que no son objetivamente perjudiciales para la reputación del artista. Ello explica, entonces, el distinto trato dispensado a este respecto por el WPPT y por el Tratado de Beijing a unas y otras interpretaciones.

<sup>1828</sup> Vid. epígrafe 5.3 de este Capítulo.

<sup>1829</sup> Esta diferencia viene dada por el hecho de que una formulación del art. 9.2 del Tratado de Beijing a imagen y semejanza de su respectivo en el WPPT estaría obviando el distinto régimen de protección dispensado a las obras cinematográficas y a las incorporadas en fonogramas con respecto a los derechos de alquiler, sentado y aceptado a nivel internacional – Acuerdo sobre los ADPIC y WCT. Así, y por lo que a las obras audiovisuales se refiere, el art. 11 del Acuerdo sobre los ADPIC reconoce a los autores *el derecho de autorizar el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras*, reservando a las Partes Contratantes la facultad de no reconocer tal derecho en sus respectivos ordenamientos internos, *a menos que el arrendamiento haya dado lugar a una realización muy extendida de copias de esas obras que menoscabe en medida importante el derecho exclusivo de reproducción*; y, en idéntico sentido, el art. 7 del WCT reconoce al autor el derecho exclusivo de alquiler, *a menos que ese alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de dicha obra que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción*. Sin embargo, en el caso de los fonogramas, además de reconocer el derecho exclusivo de alquiler tanto al autor de las obras en ellos incorporadas (art. 7 WCT) como a su productor y a los artistas (arts. 13.1 y 9.1 WPPT, respectivamente), los arts. 14.4 del Acuerdo sobre los ADPIC, 7.3 WCT, 13.2 y 9.2 WPPT prevén la posibilidad de mantener, en las distintas legislaciones nacionales, y a favor de los precitados titulares, un derecho de remuneración, a condición de que el alquiler comercial de fonogramas no de lugar al menoscabo considerable del derecho exclusivo de reproducción de cada una de las categorías indicadas de titulares. En todo caso no está de más recordar que hoy día el impacto del derecho de alquiler es casi nulo, habida cuenta el paulatino desplazamiento de los negocios de alquiler comercial de obras y demás fijaciones audiovisuales hacia los modelos interactivos de video bajo demanda, y en los que no existe traslado físico del original ni de ningún ejemplar, sino la mera transmisión digital de dichas fijaciones – explotando, por tanto, el derecho de puesta a disposición. Y en este sentido el Tratado de Beijing sí contiene una disposición que, definitivamente, supone una ventaja con respecto al WPPT, al disponer su art. 12.3 la posibilidad de que las Partes Contratantes reconozcan al actor un derecho de remuneración por cualesquiera formas de explotación de sus interpretaciones audiovisuales y, de manera expresa, por su puesta a disposición.

<sup>1830</sup> Ahora bien, y pese a que así dicho no cabe duda de que el nivel de protección es superior en el caso del Tratado de Beijing, lo cierto es que su art. 11 introduce una cláusula, en su tercer apartado, a cuya virtud las Partes Contratantes podrán limitar las precitadas disposiciones, hasta el punto de no aplicarlas en absoluto – privando así al artista de toda forma de participación en la radiodifusión y comunicación al público de sus interpretaciones audiovisuales. A este respecto ya hemos dicho, en primer lugar que los intereses contrapuestos en juego aconsejaron extremar la flexibilidad de la solución finalmente pactada; y, en segundo lugar, que ni la Convención de Roma ni el WPPT reconocen al artista el derecho exclusivo a autorizar dichos actos de explotación, derecho exclusivo que, sin embargo, sí tiene reconocido el autor de la obra audiovisual (art. 8 WCT). Desde esta



**6ª.-** Las presunciones establecidas en el art. 12 del Tratado de Beijing a favor del productor de la grabación audiovisual, así como la cláusula de salvaguarda de los derechos de remuneración contenida en su tercer párrafo, obliga a los distintos legisladores nacionales a encontrar una solución de equilibrio, adaptada a sus respectivos ordenamientos (tal cual se persigue con la flexibilidad que ofrece este instrumento), que garantice al actor una equitativa y justa retribución o remuneración por todas aquellas utilizaciones o actos de explotación que tienen como base la fijación audiovisual de sus actuaciones.

---

perspectiva, entonces, entendemos que la solución alcanzada en Beijing o, con mayor precisión, durante la Conferencia Diplomática de 2000, guarda cierto equilibrio con respecto al resto de titulares de derechos.

## ***CAPÍTULO XII***

### **CONCLUSIONES GENERALES**

A la luz de todos los análisis desarrollados en la presente investigación, varias son las conclusiones a las que se llega en torno al régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales. Las de carácter parcial ya han sido referidas al final de cada epígrafe o capítulo correspondiente, y a tales conclusiones, que no son pocas, nos remitimos para el estudio de aspectos particulares. Las de naturaleza final, general y conclusiva las articularemos en la siguiente forma:

- 1<sup>a</sup>.- El estudio completo del régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales arroja un primer balance positivo en España, al contemplar el TRLPI un cuadro completo, equilibrado y eficaz de derechos patrimoniales y morales, muy por encima del que establecen las legislaciones nacionales de nuestro entorno y el Derecho internacional. Dicho régimen, sin embargo, presenta deficiencias susceptibles de mejora que se plantean de *lege ferenda* para el caso de que en futuras reformas del TRLPI hallen oportunidad.
- 2<sup>a</sup>.- Junto a las deficiencias propias del sistema jurídico español, se observan otras comunes al resto de legislaciones nacionales de Derecho de autor y a los instrumentos internacionales habidos hasta la fecha en la materia, mas no en todos esos ámbitos en igual medida. Parte de esas deficiencias regulatorias son herederas de una terminología dogmática y de unos conceptos jurídicos extraordinariamente inmóviles y rígidos, amén de obsoletos respecto de la realidad que pretenden amparar. Los intereses económicos concurrentes, que no son pocos ni en absoluto desdeñables en un ámbito y mercado como el audiovisual, han contribuido sobremanera a aumentar las disfunciones y desfases entre las normas y todos los aspectos que rodean la creación, producción y explotación de las interpretaciones audiovisuales en casi todo el planeta.
- 3<sup>a</sup>.- Las anteriores circunstancias han contribuido a delimitar un régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales, en términos generales, a un nivel inferior al que gozan, *v.gr.*, los autores nominales de la obra audiovisual, que se constituye como paradigma de la obra en colaboración, pero que tiene restringida esa categoría subjetiva tan solo a unos cuantos creadores, dejando fuera a los directores de fotografía y a los actores, entre otros.

- 4ª.- Y si los extremos conclusivos precedentes son los efectos del actual régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales, sus causas y soluciones son múltiples, diversas e interdisciplinarias. La primera de ellas radica en el lenguaje y en los conceptos que cierta dogmática ha llevado del ámbito económico al normativo, para construir un sistema blindado de derechos y facultades a favor de determinados sujetos o agentes en detrimento de otros, no obstante su forzada fundamentación y su imposible correspondencia con la verdadera dimensión económica, jurídica, cultural y social de determinada tipología de creaciones intelectuales, entre ellas las interpretaciones audiovisuales. La propia denominación peyorativa de los derechos intelectuales atribuidos al artista como *afines, vecinos o conexos* u *otros derechos de propiedad intelectual*, frente al prestigio conceptual de los términos autor y obra, delata *per se* un sentir doctrinal y unos intereses económicos bien localizados, pero, en todo caso, de efectos perniciosos y perversos en el proceso de regular coherentemente las interpretaciones artísticas en general y las audiovisuales en particular.
- 5ª.- Esa circunstancia, causante de buena parte de las disfunciones apuntadas, nos ha obligado a desarrollar un gran esfuerzo delimitador y de conceptualización para retornar a sus términos jurídicos, fácticos y funcionales varias figuras jurídicamente huérfanas de definición y revestidas, por el contrario, de elementos configuradores artificiales y en ocasiones contradictorios con su propia esencia. Así, y desde una perspectiva jurídico-funcional, podríamos definir al *actor* como aquel *artista dotado de entidad subjetiva propia, cuya actividad principal consiste en crear y transmitir emociones, conocimientos, ideas e imágenes a través de la construcción de personajes de ficción partiendo de las bases descriptivas de un guión, libreto u obra dramática, utilizando su inteligencia emocional y otras cualidades mentales como la imaginación o la abstracción, así como recursos expresivos de carácter personalísimos como su voz, cuerpo, movimientos, gestos, miradas y otras técnicas expresivas como la pausa o el silencio*. Consecuencia de la definición del elemento subjetivo y, a la vez, titular originario de nuestro objeto de estudio, podemos ofrecer una conceptualización integradora de la “interpretación audiovisual” en los siguientes términos: *toda interpretación o ejecución artística original (comúnmente la desarrollada por un actor o por otro tipo de artistas que actúan en la misma condición) realizada ante y/o para la cámara, ya sea mediante la actuación de un personaje de ficción previamente concebido por el actor, mediante la interpretación de una obra literaria preexistente o mediante la improvisación, cuyo fin es su fijación -grabación- en un soporte, dispositivo, medio o sistema audiovisual –constituya éste una obra audiovisual*

*o una mera grabación audiovisual- que permita su almacenamiento y visualización por cualquier persona con capacidad visual y sea, asimismo, susceptible de ser explotada mediante aparatos, dispositivos o sistemas de reproducción, transmisión o difusión de la imagen en movimiento, ya sea bajo las diferentes formas de comunicación pública -incluida la puesta a disposición y la radiodifusión-, la distribución de los soportes que las contienen en forma de alquiler o venta, etc.* Definición y concepto que parten y se apoyan en la verdadera actividad creativa del actor para alcanzar como cuestión fundamental una conceptualización integradora y prototípica de nuestro objeto de estudio.

- 6ª.- En efecto, la mayor parte de los problemas delimitadores y conceptuales vinculados a las deficiencias regulatorias del régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales proceden del desconocimiento que el gran público, parte de la doctrina jurídico-científica y el legislador en general poseen del trabajo creativo del actor. Para suplir y superar dicho vacío, la presente investigación ha ampliado sus contornos multidisciplinarios para aportar enfoques filosóficos, psicológicos, artísticos, económicos y sociológicos en torno a la creatividad, al trabajo creativo del actor y a las diferentes dimensiones que ofrecen las interpretaciones audiovisuales. Fruto de esos análisis, de impagable valor para nuestro propósito clarificador y para los objetivos de este estudio, se han podido establecer las siguientes conclusiones fundamentales: a).- que el proceso creativo del actor se desarrolla en tres fases -exactamente igual que las tres fases de cualquier proceso creativo-, a saber: i) *fase de preparación o estudio*, en la que se incardinan la lectura y el estudio del texto de la obra preexistentes (*interpretación hermenéutica*) para entender e interpretar en abstracto el sentido y contenido de las palabras y la trama de dicho texto; ii) *fase de construcción o creación del personaje audiovisual*, en la que, partiendo del estudio de texto, el actor configura -idealiza e imagina en su mente- con esos elementos y con otros propios un nuevo personaje audiovisual -inexorablemente diferente al literario- que va a ser objeto de externalización mediante la actuación y la fijación de esa actuación específica; iii) *fase de actuación o interpretación del personaje audiovisual* ante y/o para la cámara con el propósito de que quede fijado el personaje en una determinada forma; b).- que, tanto desde la perspectiva etimológica como jurídica y filosófica, cabe distinguir dos modalidades de interpretación, desplegadas en dos fases diferentes del proceso creativo del actor: i).- la *interpretación hermenéutica* de la obra literaria preexistente, que es el acto desarrollado en la fase previa o preparatoria para luego poder construir el personaje de la manera más fiel y coherente con el sentido de dicha obra, consisten o equivalen a interpretar un texto para desentrañar su contenido; y ii).- *interpretación artística o actuación*, que consiste en dotar

de vida y singularidad mediante su actuación a un personaje previamente concebido por el artista/actor.

7ª.- Asimismo, las anteriores conclusiones fáctico-jurídicas nos han permitido que, por lo que concierne al requisito jurídico principal y fundamental de la *originalidad* en la interpretación audiovisual, a su vez, podamos sentar las siguientes: 1ª.- que la creatividad significa alumbrar o engendrar –crear- algo nuevo que antes no existía o existía en otra forma; 2ª.- que la actividad artística que desarrolla un actor para crear una interpretación audiovisual es inexorablemente original, tanto en sentido objetivo como, sobre todo, en su perspectiva subjetiva; 3ª.- en sentido objetivo porque constituye un resultado creativo completamente diferente, autónomo y único al planteado -sólo potencialmente- en la obra literaria preexistente, con la que no guarda ya relación sino con otra obra también nueva - que partió asimismo de las previsiones de la literaria- cual es la audiovisual, o con ninguna otra cuando la interpretación audiovisual se constituye en una creación u obra autónoma o se fija en una grabación audiovisual; 4ª.- en sentido subjetivo, porque, a diferencia del proceso creador de cualquier otro autor o creador, el proceso de externalización del personaje audiovisual ideado por el actor sólo cabe hacerse a través de recursos personalísimos –voz, gesto, cuerpo, movimiento, silencio, pausa y mirada- pertenecientes a la personalidad del actor y no por intermediación de instrumentos o artificios, de manera que el actor no solo imprime su impronta personal a su actuación fijada sino que le presta sus atributos personalísimos, lo que hace imposible el plagio o la estandarización de su proceso de plasmación formal de su personaje; 5ª.- finalmente, la claridad de esos criterios conclusivos y la definición de la interpretación audiovisual prototípica –la que realiza un actor actuando un personaje previamente creado por él- se erigen como criterio delimitador solvente para determinar qué actividades artísticas carecerán de la suficiente originalidad como para quedar excluidas del ámbito de la propiedad intelectual, constituyendo éstas, *de facto*, la excepción frente a la regla general de concurrencia del requisito de originalidad en la inmensa mayoría de interpretaciones audiovisuales.

8ª.- Se advierte en un sector minoritario de la doctrina ciertas dificultades para asumir las conclusiones precedentes, y ello se debe, a nuestro entender y tras el estudio de sus posiciones, de un lado, al desconocimiento generalizado acerca del verdadero trabajo creativo del actor, y, de otro lado, a la tradición dogmática imperante en la materia en relación con los conceptos de autor y obra –en cuanto que criterio delimitador del ámbito de protección de la propiedad intelectual-, así como a la tendencia del análisis conjunto e

indiscriminado de la originalidad de cualesquiera actuaciones o interpretaciones artísticas y siempre en relación con una obra preexistente. De manera que la presente investigación pretende contribuir a un cambio de orientación necesario, siquiera respecto de ese sector minoritario de la doctrina, en relación a las premisas fáctico-jurídicas que sostienen la arquitectura jurídica de la interpretación audiovisual en particular.

- 9<sup>a</sup>.- Despejadas, a nuestro entender, las dudas doctrinales –que no normativas- en torno al fundamento protector de las interpretaciones audiovisuales en el ámbito de la propiedad intelectual y retornando al régimen jurídico que de tales bienes jurídicos contiene nuestra legislación, se observa, en primer término, que el destacado cuadro completo, armonioso y eficaz de derechos patrimoniales que el TRLPI atribuye al actor sobre sus interpretaciones audiovisuales, se articula a través de una innovadora doble estructura de los derechos de explotación, a los que dota de facultades de exclusividad y remuneratorias para asegurar su contenido económico al titular. Asimismo, establece una forma de ejercicio coherente con el tráfico jurídico del mercado audiovisual y un justo equilibrio de intereses para que dichos bienes jurídicos de interés cultural alcancen el mayor nivel de explotación posible. Queda evidenciado también que la opción preponderante del TRLPI es la atribución de derechos de remuneración o al menos es la que subsidiariamente siempre se impone en la práctica contractual habida cuenta de la posición de clara debilidad que el actor ostenta frente al productor. Dificultad que supera con el mecanismo del derecho de remuneración y que en el caso del actor y del consumo masivo y global de sus interpretaciones audiovisuales, dicha fórmula despliega todas sus virtualidades. Y todo ello, claro es, bajo el buen entendimiento de que las diferencias entre los derechos exclusivos y los de remuneración son más de forma que de fondo, esto es, se circunscriben a las formas y momentos de sus respectivos ejercicios, así como las diferentes facultades que integran a uno u otro para su mayor eficacia, mas nunca se puede colegir de tal diferencia una de contenido económico.
- 10<sup>a</sup>.- En efecto, el esquema general de los derechos de propiedad intelectual de naturaleza patrimonial que nuestro ordenamiento atribuye a los intérpretes audiovisuales se estructura de modo que se reconocen, en primer término y a favor de los mismos, derechos exclusivos de autorizar, cuyas facultades se manifiestan en una doble vertiente: a).- positiva, de modo que el intérprete puede concretar su ejercicio efectivo, directa o indirectamente (cediendo su derecho a un tercero); y, b).- negativa, oponiéndose el propio artista (o causahabiente) a la explotación no autorizada de sus interpretaciones (*ius*

*prohibendi*). Derechos que, con alcance general se ceden “en exclusiva” por el artista (de manera presuntiva –salvo prueba en contrario–, o contractualmente) al productor de las obras o grabaciones audiovisuales. En segundo lugar, concretando la doble estructura ya identificada, nuestro ordenamiento garantiza a los artistas la obtención de los rendimientos económicos por la explotación de sus trabajos creativos, en cuanto fundamento propio de la propiedad intelectual que ostentan sobre sus interpretaciones, mediante la atribución de una serie de derechos de remuneración, cuya percepción efectiva se garantiza, a su vez, por una triple vía: (i) dotando a estos derechos de un carácter “*irrenunciable e intransferible*”; (ii) a través de un sistema de gestión colectiva obligatorio; y (iii) atribuyendo la condición de obligado al pago del derecho de remuneración al usuario que realiza los actos de explotación de las interpretaciones audiovisuales por los beneficios, directos o indirectos, que tal uso o explotación le reporta.

**11ª.-** Los beneficios y virtudes del régimen de derechos patrimoniales atribuidos al actor para proteger y beneficiarse de los rendimientos económicos que generen las interpretaciones audiovisuales, no ocultan sus deficiencias regulatorias ni la necesidad de abordar cuanto antes una reforma legislativa que las corrija. Así, el legislador español debería considerar, por lo que al contenido patrimonial de los derechos se refiere, las siguientes propuestas de mejora del régimen regulatorio de las interpretaciones audiovisuales: a).- una clarificación de la regulación sustantiva del derecho de fijación (art. 106 TRLPI), en orden a concretar su alcance y virtualidad respecto de las interpretaciones en vivo o no fijadas; b).- otra aclaración pertinente en el art. 108.1.a) TRLPI, para diferenciar el régimen del derecho exclusivo de autorizar la comunicación al público de las interpretaciones en vivo de aquél aplicable a las incorporadas en una fijación audiovisual; c).- reformular el actual régimen del límite por copia privada y de la compensación que le sirve de contrapartida (arts. 31.2 y 25 TRLPI).

**12ª.-** De otro lado, las diferencias de trato temporal que median entre los derechos atribuidos al autor y los derechos del actor sobre sus interpretaciones audiovisuales (50 años, computados desde el uno de enero del año siguiente al de su fijación, ex art. 112 TRLPI) fijadas van más allá de la extensión del plazo objetivo de protección y afectan al *dies a quo*, de modo que sólo el autor se beneficia de una protección vitalicia y sus herederos de un periodo amplio de 70 años *post mortem auctoris*, dando lugar a situaciones de absoluta inseguridad jurídica respecto de la protección que ampara a una misma obra y a una situación injusta, cuando menos. Por tanto, se hace de todo punto necesario proceder de

*lege ferenda* a una unificación de los plazos de protección de los diversos derechos de propiedad intelectual y, con carácter urgente, respecto de todos los creadores o titulares originarios que intervienen en una misma creación intelectual, como es la obra audiovisual.

- 13<sup>a</sup>.**- Resulta, asimismo, ineludible elevar el menor nivel de protección que el sistema normativo español atribuye a las facultades morales del intérprete sobre sus interpretaciones audiovisuales respecto al autor nominal de la obra audiovisual, habida cuenta que éstas participan de las características y responden a la misma naturaleza inherente a los derechos morales reconocidos a favor del autor. Este menor nivel de protección moral o espiritual del intérprete se acredita tanto por el número de facultades (inferior en el art. 113 TRLPI respecto del que el art. 14 ofrece a los autores), como por los límites y excepciones a las que se someten las facultades morales para la defensa de la integridad de las interpretaciones audiovisuales. La especial sobre-exposición que pesa sobre las interpretaciones audiovisuales y sobre los artistas que las crean e integran, también por la demanda y explotación masiva de las mismas, junto al desarrollo exponencial que han experimentado las tecnologías digitales y los medios de comunicación social, amén de Internet y las redes sociales vinculadas, son circunstancias que abonan sin duda un marco regulatorio más completo y eficaz que el que contiene nuestra vigente legislación.
- 14<sup>a</sup>.**- Que, si bien los derechos de la personalidad tienen por objeto la protección de la persona en cuanto ente jurídico y los derechos morales tienen como objeto la protección de la creación intelectual y de la persona del intérprete en cuanto creador artístico, en el caso del actor, la interrelación entre ambos encuentran lugares comunes en determinados actos de explotación, en los que concurren dentro de un campo de actuación conjunta, al que quedan vinculados en una suerte de unidad de destino mediante un *corpus mechanicum* audiovisual en el que se fijan o graban las interpretaciones audiovisuales. Y dado que la imagen física, la voz y el nombre son puestos al servicio de la interpretación, y es en ella donde pueden verse vulnerados los derechos de los artistas por su utilización no consentida o extralimitada, el *plus* de protección a los actores viene dado en cuanto a los usos no consentidos de su imagen pueden suponer la vulneración de su derecho a la propia imagen. Desde la doctrina jurisprudencial se deduce que, si bien no cabe hablar de protección constitucional del uso no autorizado de la “imagen escénica” (imagen del personaje), sí cabe tratar su protección en el ámbito civil, considerándose intromisiones ilegítimas su uso no consentido por el actor. Dicho *plus* protector se justifica sobradamente en el hecho mismo de amparar elementos o atributos idénticos (imagen, voz y nombre), pero desde



ámbitos diferentes, al concurrir sobre un mismo soporte o sistema audiovisual. Por tanto, habrá supuestos en los que el actor vea protegida su creación intelectual a través de las facultades morales del art. 113 TRLPI y al mismo tiempo pueda instar la protección de la LO 1/1982, de 5 de mayo, por la vulneración de alguno de los derechos de la personalidad concernidos.

**15ª.-** La gestión colectiva, en cuanto sistema de ejercicio eficaz acorde a la naturaleza de determinados derechos de imposible o difícil ejercicio individual -los de remuneración-, se encuentra necesariamente vinculada a un régimen especial de legitimación “*ex lege*” en su fase de recaudación, así como a unos criterios de equidad de sus tarifas generales y a todo un elenco exhaustivo de obligaciones legales, tanto de transparencia como funcionales, frente al usuario de las prestaciones cuyos derechos gestiona y frente a la Administración Pública que vigila y controla su actividad y el cumplimiento de las demás obligaciones legales. Si la gestión colectiva se ha consolidado por méritos propios como la mejor herramienta de eficacia de los derechos de propiedad intelectual, conviene advertir que tal sistema se enfrenta en los próximos años, conforme al actual contexto normativo comunitario y nacional, al principal reto de adecuar su actuación, en todos sus ámbitos y procesos, al criterio de máxima *transparencia*, habida cuenta que hasta fechas recientes no encontrábamos ninguna norma, nacional o regional, que impusiera a las entidades de gestión una obligación específica de actuar con *transparencia*, sino, todo lo más, una serie de obligaciones de información, ya fuera frente a los propios titulares de los derechos, frente a la Administración Pública, o frente a los usuarios del repertorio. Transparencia que exige muy especialmente criterios de distribución equitativos, objetivos y tecnológicamente bien dotados para que los derechos alcancen su auténtica eficacia, tanto a nivel nacional como internacional, considerando el contexto globalizado y de explotación masificada que rodea a las interpretaciones audiovisuales.

**16ª.-** Precisamente, el campo de la gestión colectiva en sí y de la transfronteriza en particular queda subordinado a la protección en España de los intérpretes e interpretaciones audiovisuales extranjeras, que se corresponde con el ámbito de aplicación del TRLPI y se determina atendiendo a los criterios de vinculación de sus arts. 164 y concordantes. En atención a ello, los artistas nacionales o residentes en un estado de la UE gozan de los mismos derechos que los españoles, en tanto que los pertenecientes a terceros países han de reunir una serie de criterios de vinculación. De manera más particular, por la especial incidencia de las producciones estadounidenses en nuestro país, se ha de incidir en que los

actores que participan en una producción audiovisual de EEUU tienen reconocidos en España los mismos derechos que el TRLPI reconoce a los artistas españoles y comunitarios, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia. Ello es así en la medida en que al resultar de aplicación el Canje de Notas de 1895 entre España y los EEUU, y el criterio del art. 164.2.c) y del art. 164.2.c) TRLPI, todas las interpretaciones incorporadas a las producciones americanas estén igualmente protegidas, con independencia de cualquier otro criterio (nacionalidad del artista, lugar de residencia o de la interpretación, etc.).

- 17ª.-** La tardía regulación internacional en materia de derechos de los artistas en general, y especialmente en relación con sus interpretaciones audiovisuales, ha provocado una acentuada disparidad legislativa en el Derecho comparado por lo que a la protección de tales interpretaciones se refiere. Ese nivel inferior que el reconocimiento que tales legislaciones hacen de los derechos de los autores nominalmente considerados, es fruto del desequilibrio y orfandad que han padecido los derechos de los artistas hasta fechas recientes, en el ámbito internacional, por la devastadora exclusión de la interpretaciones audiovisuales contenida en el art. 19 de la Convención de Roma de 1961, pero también es la consecuencia de la concurrencia de otros intereses económicos y de otra índole, que se afianzaron a costa de obviar los legítimos derechos de los artistas.
- 18ª.-** El peso económico, social y cultural que han adquirido las interpretaciones audiovisuales en las últimas décadas ha permitido superar el lastre histórico a través del amplio consenso internacional plasmado en el Tratado de Beijing de 2012, además de poner fin a cinco décadas de discriminación entre artistas en función del soporte o medio, sonoro o audiovisual, en el que se fijen sus interpretaciones, o de la naturaleza, musical o audiovisual, de las mismas, significará un mayor nivel de protección de las interpretaciones audiovisuales en aquellos países que aún no las protegen adecuadamente (para los que constituirá un modelo o referente de extraordinario valor para su legislación nacional), así como la consolidación de los derechos que los actores ya tienen reconocidos, legal o contractualmente, en otros países.
- 19ª.-** Los sistemas de Derecho de autor y de *Copyright* no son, ni mucho menos, diametralmente opuestos o enfrentados. Cuentan con numerosos puntos de conexión, dando lugar a resultados y niveles de protección realmente similares. Si bien ambos sistemas tienen aún matices diferenciadores claros, las diferencias son más formales que materiales, más de la

estructura del sistema jurídico que los ampara, que de la protección real que se irroga de ellos. En los sistemas del *Copyright*, la protección de los intereses económicos del actor sobre su interpretación viene dada por el mercado y por la capacidad negociadora de aquéllos con el productor de la obra audiovisual. Dicho poder de negociación suele tener carácter colectivo, y se manifiesta a través de los correspondientes convenios colectivos que, entre las distintas condiciones llamadas a regir la relación de empleo entre el actor y el productor (salario mínimo, horario, seguridad, higiene, desplazamientos, etc.), tales convenios prevén el derecho de los actores a recibir pagos adicionales a su salario (*pagos residuales* o *residuals*) con ocasión de ciertos usos o actos de explotación de la obra. Tales *residuals* operan, de facto, de manera similar a los derechos de remuneración en los países bajo un sistema de Derecho de autor. En cualquier caso, en los sistemas del *Copyright*, y muy destacadamente en el de los EEUU, existen figuras o instituciones jurídicas, ajenas al ámbito de la propiedad intelectual, que garantizan al actor la protección de sus intereses personales sobre sus interpretaciones, reconociéndoles facultades similares a las que integran los derechos morales y los fundamentales: los derechos de privacidad, publicidad, atribución, integridad, etc.

**20ª.-** Desde una perspectiva económica y social, la aportación del actor y de la actriz a la obra audiovisual recibe una valoración muy superior, tanto por el productor como por el público, a la de los autores nominales de la obra, y, sin embargo, estos últimos tienen reconocido un mejor derecho sobre la explotación de la obra y una posición preeminente en el mercado y en la atribución de rendimientos económicos, consecuencia de un reconocimiento legal más temprano y de la posición que han ostentado hasta la fecha las entidades de gestión de los derechos de los autores en contraposición con la adquirida por las entidades de gestión de los derechos de los artistas. En cualquier caso, tales efectos contrastan sobremedida, y a mayor abundamiento, con el hecho de que las interpretaciones audiovisuales constituyen un factor económico de primer orden, con un peso específico, y muy superior al de otros colectivos, en un sector audiovisual que aporta directamente un 1% del PIB, con especial incidencia en sectores de alto nivel estratégico y macroeconómico como el turístico, el exportador y el del consumo interno de bienes y servicios; sin perjuicio, claro es, -dentro del ámbito del interés general y político-, de sus efectos identitarios, integradores y vertebradores del Estado.

**21ª.-** Por todo lo cual, resulta imperativo poner fin a la profunda contradicción que media entre la dimensión económica y social que han adquirido las interpretaciones audiovisuales en

las últimas décadas y el tratamiento escaso, discriminatorio y, en ocasiones peyorativo, que tales creaciones han recibido del legislador y de la doctrina científica, y proteger dicha actividad creativa, siquiera mediante el reconocimiento al actor de derechos equivalentes a los del autor nominal, con el consiguiente reflejo en la retribución que aquel ha de percibir por la explotación de sus interpretaciones. Se propugna, en consecuencia, la adopción por los legisladores nacionales e internacionales de un cambio conceptual y terminológico respecto a los derechos de propiedad intelectual atribuidos a los intérpretes audiovisuales, que responda, por un lado, a su auténtico carácter de creadores y, por otro, rompa con la inercia histórica que les atribuye, con un sentido peyorativo o de inferioridad, el carácter de afines o conexos al derecho del autor en sentido lato.

**22ª.-** Finalmente, para el cumplimiento eficaz de todas las propuestas de enmienda del actual régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales, en cuanto objetivo general de la presente investigación, cabría plantear de *lege ferenda* la opción formal de reestructurar la actual sistemática del TRLPI. Se propone así, a modo de colofón final, la necesidad de regular en un mismo Libro, que podría ser el Primero, a todos los sujetos y tipologías de creaciones, cuyo objeto de protección sería la creatividad y los creadores, y en otro Libro, que podría ser el Segundo, a aquellos titulares de derechos que no aportan elementos creativos personales sino inversión para la producción y explotación de determinados tipos de obras o prestaciones. Una estructura como la propuesta, sin duda, obviaría buena parte de los problemas y deficiencias que presenta el actual régimen al compartir conceptos y ámbitos de regulación sustantivos los nominalmente calificados de autores y los artistas. Constituiría un gran paso para hacer realidad el art. 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y también contribuiría a la satisfacción del interés general de la protección de la propiedad intelectual en España que proclama el propio TRLPI.



## BIBLIOGRAFÍA

### **ALBADALEJO GARCÍA, Manuel**

- *Derecho Civil III*, 11ª ed., Edisofer, Madrid, 2010.

### **ÁLVAREZ ROMERO, Carlos**

- *La Constitución española y el derecho de propiedad intelectual*, Boletín de ANABAD, año XXIX, núm. 1, Madrid, 1979.

### **ÁLVAREZ MONZONCILLO, José María**

- *La producción en España: un cambio de ciclo*, ZER Revista de Estudios de Comunicación, núm. 7, vol. 4, diciembre 1999.

### **ÁLVAREZ BARRIENTOS, Joaquín**

- *Isidoro Máiquez y el teatro de su tiempo*, de Cotarelo y Mori, Emilio, Publicaciones de la Asociación de Directores de Escena de España, Serie Teoría y práctica del Teatro núm. 31, Madrid, 2009.

### **ALVIRA, Tomás**

- *Significado metafísico del acto y la potencia en la filosofía del ser*, Anuario Filosófico, Universidad de Navarra, vol. 12, núm. 1, Pamplona, 1979.

### **AMORES CONRADI, Miguel Ángel**

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

### **ANSORENA, Luis**

- *Tratado de Propiedad Intelectual en España*, Ed. Sáenz de Jubera Hermanos, Madrid, 1894.

### **ANTEQUERA PARILLI, Ricardo**

- *Num Novo Mundo do Direito De Autor*, Tomo II, Ed. DGESP/Cosmos, Lisboa, 1994.
- *Los límites del derecho del autor*, obra coordinada por Rogel Vide, Carlos, ed. Reus, Madrid, 2006.

- *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Reus, Madrid, 2007.
- *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*, Reus, Madrid, 2012.

#### **APPIA, Adolphe**

- *La música y la puesta en escena – la obra de arte viviente*, Serie Teoría y práctica teatral, publicada por la Asociación de Directores de Escena de España (ADE) y AISGE, Madrid, 2000.

#### **ARAGÓN, Agustina**

- *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. I (429 A.C.-1858), coord. por Jorge Saura, Ed. Fundamentos, Madrid, 2006.

#### **ARISTÓTELES**

- *Metafísica*, traducido y anotado por Calvo Martínez, Tomás, Ed. Gredos, Madrid, 2014.
- *Ética a Nicómaco*, traducido y anotado por Calvo Martínez, José Luis, Alianza Editorial, Madrid, 2014.
- *Poética*, traducida y anotada por Villar Lecumberri, Alicia, Alianza Editorial, Madrid, 2015.

#### **AVILÉS GARCÍA, Javier**

- *El derecho de compensación equitativa por copia privada, un debate abierto a la jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2015.

#### **AZURMENDI ADARRAGA, Ana**

- *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997; 2ª ed., Universidad Iberoamericana, México DF, 1998.

#### **BARTAL, Leah**

- *Conciencia del movimiento y creatividad*, traducido por Zulema Levine Seligsohn, Ed. Dilema, Madrid, 2010.

#### **BARDAJÍ HERNANDO, Javier**

- *La gestión de la creatividad en televisión: el caso de Globo Media*, ed. EUNSA, Barañáin, 2004.

**BARKER, Anthony**

- *Television, Aesthetics and Reality*, Cambridge Scholars Press, Newcastle, 2006.

**BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo**

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2ª ed., Tecnos, Madrid 1997.
- *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Tecnos, Madrid 2013.
- *La nueva ley de propiedad intelectual*, Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil, vol. 2, num.8 (diciembre 2014).
- *La protección Internacional. Planteamiento del tema. Su regulación en el Derecho español*, I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991.

**BARIATTI, Stefania**

- *Internet: aspects relatifs aux conflits de lois*, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, Università degli Studi di Milano, Año XXXIII (1997).

**BATY, Gaston**

- *El Arte Teatral*, traducido por Juan José Arreola, Ed. Fondo de Cultura Económica, México DF, 1965.

**BAYLOS CORROZA, Hermenegildo**

- *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1978.
- *Tratado de derecho industrial*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

**BERTRAND, André**

- *Le droit d'auteur et les droit voisins*, Dalloz, París, 1991.
- *El derecho de los artistas intérpretes en el derecho inglés y en el derecho estadounidense*, Revue du Droit de la Propriété Intellectuelle, núm. 68., octubre 1997.



**BLACKSTONE, William**

- *Commentaries on the Laws of England*, compendiados y adaptados por Malcom Kerr, Robert, Ed. John Murray, Londres, 1873.

**BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula**

- *Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen, Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015.

**BONDÍA ROMÁN, Fernando**

- *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.

**BRANDEIS, Louis D.**

- *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol. IV, No. 5, diciembre 1890.

**BRIDWELL, Lawrence G.**

- *Maslow Reconsidered: A Review of Research on the Need Hierarchy Theory*, Organizational Behavior and Human Performance, Vol. 15, núm. 2, Ed. Elsevier, Ámsterdam, abril 1976.

**BROOK, Peter**

- *La puerta abierta. Reflexiones sobre la interpretación y el teatro*, Ed. Alba, Madrid, 1994.
- *Más allá del espacio vacío*, Ed. Alba, Barcelona, 2001.
- *Espacio vacío*, Ed. Península, Barcelona, 2015.

**CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio**

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2ª ed. Tecnos, Madrid, 1997.

**CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier**

- *Ley aplicable a las patentes en Derecho Internacional Privado española*, Anales de Derecho núm. 19, Universidad de Murcia, 2001.

**CASAS VALLÉS, Ramón**

- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albadalejo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia, Tomo V, vol. 4-B, EDERSA, Madrid, 1995.

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

**CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio**

- *Creaciones audiovisuales y propiedad intelectual*, coord. por Rogel Vide, Carlos, Reus, Madrid, 2001, págs. 180-184.

**CHACÓN BLANCO, María Dolores**

- *El ser humano como ser cultural*, publicado en la revista Innovación y experiencias educativas, núm. 26, Granada, noviembre 2010.

**CHICO Y ORTIZ, José María**

- *Presente y futuro de la propiedad intelectual*, boletín ANABAD, año XXIX (1979), núm. 1.

**CAINE, Michael**

- *Actuando para el cine*, PLOT ediciones, Biblioteca de actores, Madrid, 2003.

**CÁMARA ÁGUILA, Pilar**

- *El derecho moral del autor*, Colección Estudios de Derecho Privado, dirigida por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, COMARES, Granada, 1998.
- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Tecnos, Madrid, 2013.

**CARRASCO CAMPOS, Ángel**

- *Teleseries: géneros y formatos - Ensayo de definiciones*, Miguel Hernández Communication Journal, Año 1, Elche, 2010.

**CASTETTER, Karla**

- *Locating the Law*, Southern California Association of Law Libraries (SCALL), 5ª ed., Los Ángeles, 2011.

**CERVANTES SAAVEDRA, Miguel De**

- *Comedias y Entremeses*, Imprenta Bernardo Rodríguez, Tomo I, , Madrid, 1915.
- *Pedro de Urdemales*, Ed. Cátedra, Madrid, 1986.

**CHEJOV, Michael**

- *Sobre la técnica de la actuación*, traducida por Antonio Fernández Lera, Colección Artes Escénicas, 6ª ed., Ed. Alba, Barcelona, 2015.

**CICERÓN, Marco Tulio**

- *Sobre el orador y En defensa de Quinto Roscio, el cómico*, ambas obras en *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. I (429 a.C.- 1858), coordinados por Saura García, Jorge, Ed. Fundamentos, Madrid, 2007.

**COLEMAN, Doriane Lambelet**

- *Internationalizing the Copyright Code: An Analysis of Legislative Proposals Seeking Adherence to the Berne Convention*, Georgetown Law Journal, No. 76 (1987).

**COLOMBET, Claude**

- *Propriété littéraire et artistique et droit voisins*, 8ª ed., Dalloz, París, 1997.
- *Grandes principios del Derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, UNESCO/CINDOC, Madrid, 1997, págs. 13 y ss.

**COPEAU, Jacques**

- *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. II (1863-1914), coordinados por Saura García, Jorge, Ed. Fundamentos, Madrid, 2007.

**CORDEIRO, Pedro João**

- *A Num Novo Mundo do Direito De Autor*, Tomo I, Ed. DGESP/Cosmos, Lisboa, 1994.

**CHAPLIN, Charles**

- *Autobiografía*, traducida por Julio Gómez de la Serna, Ed. Lumen, Barcelona, 2014.

**CHAVANCE, René**

- *El Arte Teatral*, traducido por Juan José Arreola, Ed. Fondo de Cultura Económica, México DF, 1965.

**DÁNVILA Y COLLADO, Manuel**

- *La propiedad intelectual: Legislación española y extranjera, comentada, concordada y explicada según la Historia, la Filosofía la Jurisprudencia y los Tratados*, Imprenta de la Correspondencia de España, Madrid, 1882.

**DAVIS, Gary A.**

- *Estrategias para la creatividad*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1975.

**DECROUX , Étienne**

- *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. II (1863-1914), coordinados por Saura García, Jorge, Ed. Fundamentos, Madrid, 2007.

**DELGADO PORRAS, Antonio**

- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo V, Vol. 4-B, Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual*, obra coordinada por ALBADALEJO, Manuel y DIAZ ALABART, Silvia, EDERSA, 1995.
- *Tratado de Derecho Industrial*, Hermenegildo Baylos Corroza, 3º ed., coordinada por María Baylos Morales, María, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

**DENNIS, Anne**

- *El cuerpo elocuente, La formación física del actor*, traducido por Sergio Leal Alcubilla, Ed. Fundamentos, Madrid, 2014.

**DE VANY, Arthur S.**

- *Motion picture profit, the stable Paretian hypothesis, and the curse of the superstar*, Journal of Economic Dynamics & Control, Vol. 28, núm. 6 ed. ELSEVIER, Ámsterdam, 2004.

**DIÉZ-PICAZO, Luis**

- *Sistema de Derecho civil*, vol. III, Derecho de cosas, Tecnos, Madrid, 1979
- *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson-Civitas Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

**DÍEZ PUERTAS, Hemeterio**

- *Actores y actuación, Antología de textos sobre la interpretación escritos por los propios intérpretes*, Vol. I, coord.. por Saura García, Carlos, Ed. Fundamentos, Madrid, 2006.

**DIDEROT, Denis**

- *La paradoja del comediante*, traducido por Ricardo Baeza, Ed. Calpe, Madrid, 1920.

**DOUGHERTY, F. Jay**

- *Not a Spike Lee Joint? Issues in the Authorship of Motion Pictures Under U.S. Copyright Law*, 49 UCLA Law Rev. 225, 2001-2002.

**ELBERSE, Anita**

- *The Power of Stars: do Star Actors Drive the Success of Movies?*, Harvard Business School, Boston, 2006.

**ESPÍN CÁNOVAS, Diego**

- *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Cuadernos Cívitas, Civitas, Madrid.

**ESTEVE GONZÁLEZ, Lydia**

- *Aspectos Internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*, Comares, Granada 2006.

**FICSOR, Mihály**

- *Guía sobre los Tratados de Derechos de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*, OMPI, Ginebra, 2003.

**FRANÇON, André**

- *La protección internacional de los derechos conexos*, RIDA núm. LXXIX, enero 1974.

**FURNISH, Dale Beck**

- *Fuentes del Derecho en Estados Unidos. La muerte del Derecho consuetudinario. Las fuentes escritas en la edad del Derecho positivo, y el papel y efecto de los Restatements of the Law*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo LI, núm. 235, México D.F., 2001.

**GALACHO ABOLAFIO, Antonio Francisco**

- *La parodia como límite a los derechos de autor y su relación con el derecho de transformación*, Pe. i. Revista de propiedad intelectual, Bercal, núm. 49 (enero – abril 2015).

**GARCÍA GARNICA, María del Carmen**

- *Consideraciones generales acerca de la distinción de las vertientes moral y patrimonial de los derechos a la intimidad y la propia imagen y su trascendencia jurídica*, Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García, coordinado por José Manuel González Porras y Fernando P. Méndez González, publicado por el Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 2004.

**GARCÍA MIRÓN, Silvia**

- *Acercamiento al estilo de Antena 3 en la etapa Asensio (1992-1997): evolución empresarial, contenidos, identidad y audiencia*, Sphera Pública, Revista de ciencias sociales y de la comunicación, núm. 14, Vol. II, año 2014, Universidad Católica de Murcia, Guadalupe, 2014.

**GARDNER, Howard,**

- *Inteligencias múltiples*, Ed. Paidós (Espasa Libros), 5ª impresión, Barcelona, 2015.
- *Las cinco mentes del futuro*, traducido por Ferran Meler, Ed. Paidós, Barcelona, 2008.

**GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio**

- *El derecho de autor en internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2001.
- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

**GIES, David T.**

- *El teatro en la España del siglo XIX*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

**INGSBURG, Jane C.**

- *The Private International Law of Copyright in the Era of Technological Change*, Colección de Cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Vol. 273 (1998).

**GOLDSTEIN, Paul**

- *Goldstein on Copyright*, 2ª ed., Aspen Law and Business, Nueva York, suplemento 1998.

**GOLEMAN, Daniel**

- *Inteligencia Emocional*, 91ª ed. (*Best-Seller* mundial), Kairós, Barcelona, 2015.

**GÓMEZ AMIGO, Santiago**

- *La gestión de la creatividad en televisión: el caso de Globo Media*, ed. EUNSA, Barañáin, 2004.

**GONZÁLEZ GONZALO, Alfonso**

- *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Tecnos, Madrid, 2013.
- *La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual*, Colección Estudios de Derecho Privado, dirigida por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Comares, Granada, 2001.

**GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela**

- *Derecho moral del autor en la Ley española de propiedad intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

**GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria**

- *Common Law: especial referencia a los Restatement of the Law en Estados Unidos* - Estudios Jurídicos en homenaje a Marta Morieneau, Tomo II: Sistemas jurídicos contemporáneos, coord. González Martín, Nuria, ed. UNAM, México D.F., 2006.

**GORDON, Harold R.**

- *Right of Property in Name, Likeness, Personality and History*, Northwestern University Law Review núm. 55 (1960).

**GRECO, Paolo**

- *I diritti sui beni immateriali*, Ed. G. Giappichelli, Turín, 1948.

**GRIMAL, Pierre**

- *Cicerón*, traducido por Ana Escartín, Ed. Gredos, Madrid, 2013.

**GROTOWSKI, Jerzy**

- *Hacia un teatro pobre*, 24ª ed., Siglo XXI de España Editores, , Madrid, 2008.

**GUBERN GARRIGA-NOGUÉS, Román**

- *Máscaras de la ficción*, Ed. Anagrama, Barcelona, 2002.

**GUIBAULT, Lucie**

- *The Future of Levies in a Digital Environment – Final Report*, Institute for Information Law (IVIR), Ámsterdam, 2003.

**GULLÓN, Antonio**

- *Sistema de Derecho civil*, vol. III, Derecho de cosas, Tecnos, Madrid, 1979

**GUTIÉRREZ ARAGÓN, Manuel**

- *A los actores*, Ed. Anagrama, Barcelona, 2015.

**GUZMÁN ZAPATER, Mónica**

- *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo V, Vol. 4º-B, Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual, dirigidos por Albadalejo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia, Edersa, 1995.

**HAUSMAN, Carl R.**

- *The creativity question*, Duke University Press, Durham, 1996.

**HEIDEGGER, Martin**

- *El arte y el espacio*, traducido por Jesús Adrián Escudero, Ed. Herder, Barcelona, 2009.

**HEREDIA CERVANTES, Iván**

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

**HOFMANN, Kay H.**

- *Co-Financing Hollywood Film Productions with Outside Investors: An Economic Analysis of Principal Agent Relationships in the U.S. Motion Picture Industry*, Ed. Springer Gabler, Wiesbaden, 2013.

**HOOPES, James**

- *Peirce on Signs. Writings on Semiotic by Charles Sanders Peirce*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1991.



**HORMIGÓN, Juan Antonio**

- *Del personaje literario-dramático al personaje escénico, De personaje a personaje*, Serie Teoría y Práctica del Teatro, núm. 29, Ed. ADE, Madrid, 2008.

**HUGENHOLTZ, P. Bernt**

- *The Future of Levies in a Digital Environment – Final Report*, Institute for Information Law (IVIR), Ámsterdam, 2003.

**HUGHES, Justin**

- *American Moral Rights and Fixing the Dastar “Gap”*, Utah Law Review, Vol. 2007, núm. 3.

**IGARTUA ARREGUI, Fernando**

- *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991.

**JANER TORRENS, Joan David**

- *El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, año. 7, núm. 14, enero-abril 2003.

**JONVET, Jean**

- *El teatro y su Historia*, Enciclopedia Popular Ilustrada, ed. G.P., Barcelona, 1963.

**KÉRÉVER, André**

- *Chronique de jurisprudence*, Revue Internationale du Droit d’Auteur (RIDA), núm. 53, julio de 1992.
- *Crónica de Jurisprudencia*, Revue Internationale du Droit d’Auteur (RIDA), núm. 183, enero de 2000.

**KEETON, W. Page**

- *Prosser and Keeton on Torts*, 5ª ed., West Publishing Co., 1984.

**KOESTLER, Arthur**

- *Las Raíces del Azar*, traducido por Rolando Hanglin, 2ª ed., Kairós, Barcelona, 1994.

**KOHLER, Arnold**

- *Los derechos de los artistas en relación con la radiodifusión y la reproducción mecánica*, Revista Internacional del Trabajo (*International Labour Review*), vol. 21, núm. 5, 1930.

**KOHN, Al**

- *Kohn on Music Licensing*, 4ª ed., Aspen Publishers, Nueva York, 2010.

**KOHN, Bob**

- *Kohn on Music Licensing*, 4ª ed., Aspen Publishers, Nueva York, 2010.

**LANG, Fritz**

- *Le métier d'acteur*, Revue Cinéma d'aujourd'hui, núm. 10, Navidad, Belfort, 1976.

**LACRUZ BERDEJO, José Luis**

- *Elementos de Derecho civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1980.
- *El ejercicio "post mortem auctoris" del aspecto moral de la propiedad intelectual*, Separata de la revista "TEMIS" editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Estudios de Derecho Privado común y foral - Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Centro de Estudios Registrales y José María Bosch, editor, S.A., 1992.
- *Comentarios a Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

**LANGER, Ellen J.**

- *La creatividad consciente*, Ed. Paidós, Barcelona, 2006.

**LEPROHOM, Pierre**

- *Charles Chaplin*, traducido por Luis Horno Liria, Ed. Rialp, Madrid, 1961.

**LEVINE, Marla E.**

- *The Right of Publicity as a Mean of Protecting Performers' Style*, Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 14, No. 129, 1980.

**LEWIS, William Draper**

- *Restatement of the Law of Contracts: As Adopted and Promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., May 6, 1932*, Vol. I, Ed. ALI, Washington D.C., 1932.

**LIPSZYC, Delia**

- *Derechos de Autor y Derechos Conexos*, Editado por la UNESCO, Buenos Aires 1993.
- *Propiedad Intelectual y Derecho Comercial Internacional*, artículo publicado en el Boletín Informativo de CEDRO núm. 22 (enero-febrero 2001), Madrid.

**LOPE DE VEGA Y CARPIO, Félix**

- *Lo fingido verdadero*, Ed. Atlas, Madrid, 1969.

**LÓPEZ VILLANUEVA, Javier**

- *La producción en España: un cambio de ciclo*, ZER Revista de Estudios de Comunicación, núm. 7, vol. 4, diciembre 1999.

**LUCAS-SCHLOETTER, Agnès**

- *Droit moral et droit de la personnalité. Etude de droit comparé français et allemand*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marsella (PUAM), Marsella, 2002.

**MENDÍBIL, Álex**

- *España en Serie*, Ed. Santillana, Madrid, 2013.

**MARCO MOLINA, Juana**

- *La propiedad intelectual en la legislación española*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

**MARÍN LÓPEZ, Juan José**

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.
- *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

**MARTÍN SALAMANCA, Sara**

- *Artistas, cesionarios y 'otros derechos'*, Revista Pe.i, Ed. Bercal, núm.5 (mayo-agosto 2000).

**MARTÍN VILLAREJO, Abel**

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra dirigida por Rodríguez Tapia, José Miguel, Ed. Aranzadi (Thomson-Civitas), Cizur Menor, 2007.

**MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual**

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo, 2ª ed., Tecnos, 1997.
- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

**MASLOW, Abraham**

- *A Theory of Human Motivation*, Psychological Review, núm. 50(4), Washington DC, 1943.

**MASOUYÉ, Claude**

- *Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes en la Convención de Roma*, RIDA núm. XXXXVI, mayo 1965.
- *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, OMPI, Ginebra, 1982.

**MASOUYÉ, Patrick**

- *La Convention de Rome: réalités et perspectives*, Le Droit d'auteur, OMPI, Ginebra, Septiembre 1985.

**McCARTHY, J. Thomas**

- *The Rights of Publicity and Privacy*, Vol. I, Ed. West Group, Nueva York, 2002.

**MEYERHOLD, Karl Fiodor-Kasimir**

- *El actor sobre la escena*, Diccionario de práctica teatral, Coord. Ceballos, Edgar, traducción de Enriqueta Bernal López, Noemí Lucero Castillo y Margherita Pavia, Ed. Escenología, México DF, 2005.

**MICHEL, Simon**

- *Sí, ya me acuerdo*, Ed. B., Barcelona, 1997.

**MILLÁN PUELLES, Antonio**

- *Fundamentos de filosofía*, 2ª ed., Ed. Rialp, Madrid, 1958.

**MILLER, Arthur**

- *Al correr de los años (Echoes Down the Corridor)*, traducido por Jordi Fibla, Ed. Tusquets, Barcelona, 2002.

**MIRANDA VILLALÓN, José Antonio**

- *Publicidad on line*, colección Libros profesionales de empresa, 3ª ed., ESIC, Pozuelo de Alarcón, 2014.

**MISERACHS RIGALT, Antonio**

- *El copyright Norteamericano*, Bosch, Barcelona, 1946.

**MOLIÈRE**

- *Obras completas*, traducidas por Julio Gómez de la Serna, Ed. Aguilar, Madrid, 1987.

**MONTERO AROCA, Juan**

- *La actuación procesal de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*”, Revista del Poder judicial, núm. 45, Madrid, 1997.

**NARANJO RICO, María del Pilar**

- *Artes, la revista*, Universidad de Antioquía, núm. 7, Vol. 4, enero-junio 2004.

**NAVAS NAVARRO, Susana**

- *Anuario de Propiedad Intelectual 2002*, Reus, Madrid, 2003.

**NE’EMAN, Nira**

- *Conciencia del movimiento y creatividad*, traducido por Zulema Levine Seligsohn, Ed. Dilema, Madrid, 2010.

**NIMMER, David**

- *Nimmer on Copyright*, Mathew Bender Rev., Nueva York, suplemento 2014.

**NIMMER, Melville B.**

- *The Right of Publicity*, Law and Contemporary Problems, núm. 19 (1954).
- *Nimmer on Copyright*, Mathew Bender Rev., Nueva York, suplemento 2014.

**OLMOS HURTADO, Antonio**

- *Publicidad on line*, colección Libros profesionales de empresa, 3ª ed., ESIC, Pozuelo de Alarcón, 2014.

**ORDIZGOITI DE LA RICA, Rafael**

- *Publicidad on line*, colección Libros profesionales de empresa, 3ª ed., ESIC, Pozuelo de Alarcón, 2014.

**OSSORIO SERRANO, Juan Miguel**

- *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo V, Vol. 4º-B, Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual, dirigidos por Albadalejo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia, Edersa, 1995.

**ORDINE, Nuccio**

- *La utilidad de lo inútil*, traducido por Jordi Bayod Brau, Ed. Acantilado, Milán, 2013.

**PÉREZ DE CASTRO, Nazareth**

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1997.
- *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, coord. Rogel Vide, Carlos, Reus, Madrid, 1999.
- *Las obras publicitarias en el ámbito de la propiedad intelectual. su específica referencia en el artículo 90*, Revista Pe.i., Bercal, núm. 2, mayo-agosto 1999.
- *Los derechos morales sobre las interpretaciones audiovisuales*. Fórum Internacional sobre Interpretaciones Audiovisuales, AISGE, Madrid, 1999.
- *Las obras audiovisuales, panorámica jurídica*, Reus, Madrid, 2001.
- *Los derechos morales del artista sobre las interpretaciones audiovisuales*, Encuentro “Artistas intérpretes, propiedad intelectual y sociedad de la información”, organizado por AISGE, en colaboración con el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, junio 2001.
- *Interpretación y autoría*, Estudios completos de propiedad intelectual, Reus, Madrid, 2003.

- *Comentarios a Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

**PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen**

- *Derecho de Autor; la facultad de decidir la divulgación*, Civitas, Madrid, 1993.
- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

**PIOLA-CASELLI, Eduardo**

- *Codice del diritto d'autore*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1943.

**PISCATOR, Erwin**

- *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. II (1863-1914), coordinados por Saura García, Jorge, Ed. Fundamentos, Madrid, 2007.

**PISK, Litz**

- *The Actor and His Body*, Ed. Harrap, Londres, 1975.

**PIRANDELLO, Luigi**

- *Seis personajes en busca de autor*, traducido por Miguel Ángel Cuevas, 10ª ed., Ed. Cátedra, Madrid, 2011.

**PRINGLE, Hamish**

- *Celebrity Sells*, Ed. John Wiley & Sons, Chichester, 2004.

**PROSSER, William L.**

- *Privacy*, California Law Review, Vol. 48, No. 3, agosto 1960.
- *Prosser and Keeton on Torts*, 5ª ed., West Publishing Co., 1984.

**RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe**

- *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*, obra coordinada por Rogel Vide, Carlos, Reus, Madrid, 2005.

**RAMS ALBESA, Joaquín José**

- *Siete estudios sobre el derecho de autor y la propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 2010.

- *En torno a los derechos morales de los creadores*, de la Colección de Propiedad Intelectual, coord. Rogel Vide, Reus, Madrid, 2003.

#### **RICKETSON, Sam**

- *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, obra editada por la Universidad de Londres (Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College) y Kluwer, Londres, 1987.

#### **RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco**

- *Interpretación y autoría*, Reus, Madrid, 2003.
- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

#### **ROBINSON, Jessica**

- *When and How to Use Secondary Sources and Persuasive Authority to Research and Write Legal Documents*, The Writing Center at Georgetown University Law Center, Washington DC, 2004.

#### **RODRÍGUEZ DEL PINO, Daniel**

- *Publicidad on line*, colección Libros profesionales de empresa, 3ª ed., ESIC, Pozuelo de Alarcón, 2014.

#### **RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel**

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, obra coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2ª ed., Tecnos, Madrid 1997.
- *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, dirigidos por Rodríguez Tapia, José Miguel, Aranzadi (Thomson- Civitas) Cizur Menor, 2007.

#### **ROGEL VIDE, Carlos**

- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo V, Vol. 4º.-B, Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual*, obra dirigida por Albadajelo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia, EDERSA, Madrid, 1995.
- *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*, Biblioteca de Derecho Privado, Bosch, Barcelona, 1998.



- *Directores de escena y derechos de autor*, Jornadas sobre los derechos intelectuales del Director de Escena – Sevilla, 18 y 19 de noviembre de 2000, publicada por AISGE, Madrid, 2001.
- *Interpretación y autoría*, ed. Reus, Madrid, 2003.
- *Estudios completos de propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 2003.
- *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*, ed. Reus, Madrid, 2005.
- *En torno a la reforma de la ley de propiedad intelectual*, obra coordinada por Anguita Villanueva, Luis, Reus, Madrid, 2013.

#### **ROMÁN PÉREZ, Raquel**

- *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Colección de Propiedad Intelectual, Ed. Reus, Madrid, 2003.

#### **ROTHENBERG, Albert**

- *The creativity question*, Duke University Press, Durham, 1996.

#### **RUIPÉREZ AZCÁRATE, Clara**

- *Las obras del espíritu y su originalidad*, Colección de Propiedad Intelectual, Ed. Reus, Madrid 2012.

#### **SÁDABA, Igor**

- *Propiedad Intelectual, ¿bienes públicos o mercancías privadas?*, Ed. Catarata, Madrid 2008.

#### **SALOKANNEL, Marjut**

- *Ownership of Copyright in Audiovisual Productions, A Comparative Studio*, Kluwer Law International, La Haya, 1997.

#### **SADOUL, George**

- *Historia del cine mundial: desde los orígenes*, 19ª ed., Siglo XXI editores, México DF, 2004.

**SÁNCHEZ ARISTI, Rafael**

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

**SAURA GARCÍA, Jorge,**

- *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. I (429 a.C. - 1858), Ed. Fundamentos, Madrid, 2006.

**SEGER, Linda**

- *Cómo crear personajes inolvidables*, Ed. Paidós, Barcelona, 2000.

**SERNA, Assumpta**

- *El trabajo del actor de cine*, Ed. Cátedra, Madrid, 1999.

**SERRANO GÓMEZ, Eduardo,**

- Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual, Dykinson, Madrid, 2000.
- *Entorno a la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, obra coordinada por Anguita Villanueva, Luis Antonio, ed. Reus, Madrid, 2013.

**SCOTT, Joseph A.**

- *Estrategias para la creatividad*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1975.

**SHAKESPEARE, William**

- *Hamlet*, traducido por Ángel Luis Pujante, Colección Austral, núm. 350, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1994.

**SOUSE, Camila**

- *El star system y la moda: la influencia de los ídolos y las estrellas de cine en la moda*, Tesis presentada ante la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2010.

**STANISLAVSKI, Konstantin**

- *El trabajo del actor sobre sí mismo en el proceso creador de la vivencia*, traducido y anotado por Jorge Saura García, Colección Artes Escénicas, 4ª ed., Ed. Alba, Artes Escénicas, Barcelona, 2014.

- *El trabajo del actor sobre sí mismo en el proceso creador de la encarnación*, traducido por Jorge Saura García, Ed. Alba, Barcelona, 2009.
- *La construcción del personaje*, traducido por Bernardo Fernández, 3ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2014.

#### **STERN, Tanya**

- *When and How to Use Secondary Sources and Persuasive Authority to Research and Write Legal Documents*, The Writing Center at Georgetown University Law Center, Washington DC, 2004.

#### **STRATHERN, Paul**

- *Confucio en 90 minutos*, Ed. Siglo XXI España, Madrid, 2004.

#### **STROWEL, Alain**

- *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Kluwer-Bruylant, Diegem/Bruselas, 1997.

#### **TACTUK, Aurora**

- *El derecho de transformación. Especial referencia a la parodia*, Facultad de ciencias sociales y jurídicas, Departamento de derecho privado, Universidad Carlos III, Madrid, 2009.

#### **TAYLOR, Alfred E.**

- *The problem of conduct. A study in the phenomenology of ethics*, McMillan & Co. Ltd., Londres, 1901.

#### **TOUS ROVIROSA, Anna**

- *La era del drama en televisión –Perdidos, CSI: Las Vegas, El ala oeste de la Casa Blanca, Mujeres desesperadas y House*, Colección UOCpress, núm. 15, ed. UOC, Barcelona, 2010.

#### **TREECE, James M.**

- *Commercial Exploitation of Names, Likenesses, and Personal Histories*, Texas Law Review, Vol. 51, núm. 4, abril 1973.

#### **TRIAILLE, Jean Paul**

- *Le droit d'auteur, du logiciel au multimédia*, Kluwer-Bruylant, Diegem/Bruselas, 1997.

**VALLÉS RODRÍGUEZ, Matías,**

- Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.

**VALVERDE, Juan Jesús**

- *El misterio del actor*, Ed. T&B Editores, Madrid, 2009.

**VALBUENA GUTIÉRREZ, José Antonio**

- *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Colección Estudios de Derecho Privado, dirigida por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Ed. Comares, Granada, 2000.

**VAN GEFFEN, Sjoerd**

- *The Future of Levies in a Digital Environment – Final Report*, Institute for Information Law (IVIR), Ámsterdam, 2003.

**VARELA RODRÍGUEZ, Carlos**

- *La protección del derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes*, III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Tomo I, editado por Gobierno de la República Oriental del Uruguay, OMPI e IIDA. Uruguay, 1997.

**VEGA VEGA, José Antonio**

- *Protección de la Propiedad Intelectual*, Colección de propiedad Intelectual, coord. Rogel Vide, Carlos, Reus, Madrid, 2002.

**VENTURA VENTURA, José Manuel**

- *El derecho exclusivo del artista intérprete o ejecutante de autorizar la fijación de sus actuaciones*, Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, Tomo XIX (enero 1998).

**VOGEL, Harold L.**

- *Entertainment Industry Economics – A Guide for Financial Analysis*, 8ª ed., Cambridge University Press, Nueva York, 2011.

**WAHBA, Mahmoud A.**

- *Maslow Reconsidered: A Review of Research on the Need Hierarchy Theory*, Organizational Behavior and Human Performance, Vol. 15, núm. 2, Ed. Elsevier, Ámsterdam, abril 1976.

**WALLS, W. David**

- *Motion picture profit, the stable Paretian hypothesis, and the curse of the superstar*, Journal of Economic Dynamics & Control, Vol. 28, núm. 6 ed. ELSEVIER, Ámsterdam, 2004.

**WARREN, Samuel D.**

- *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol. IV, No. 5, diciembre 1890.

**WASKO, Janet**

- *How Hollywood Works*, 2ª ed, SAGE, Londres, 2005.

**WELLES, Orson**

- *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. II (1863-1914), coordinados por Saura García, Jorge, Ed. Fundamentos, Madrid, 2007.

**WRIGHT, Edward**

- *Para comprender el teatro actual*, traducido por Margo Glanz, Ed. Fondo de Cultura Económica, México DF, 1962.

**XIOL RIOS, Juan Antonio**

- *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011.

**XIRGU, Margarita**

- *Actores y Actuación*, Antología de textos sobre la interpretación, Vol. II (1863-1914), coordinados por Saura García, Jorge, Ed. Fundamentos, Madrid, 2007.

**YZQUIERDO TOLSADA, Mariano**

- *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*, coordinada por Rogel Vide, Carlos, Reus, Madrid 2005.

**ZAGALO, Nelson**

- *Television, Aesthetics and Reality*, Cambridge Scholars Press, Newcastle, 2006.

## **VV.AA.**

- *Glosario de Derecho de autor y Derechos conexos*, publicado por la OMPI, Ginebra, 1980.
- *The European Film Production Guide*, vv.aa., Arthur Andersen Llp., Ed. Routledge, Oxford/Nueva York, 1996.
- *Panorama audiovisual 2012*, publicado por EGEDA, Pozuelo de Alarcón, 2013.
- *Panorama Audiovisual Iberoamericano EGEDA 2014*, publicado por EGEDA, Pozuelo de Alarcón, 2014.

## OTRAS FUENTES

### ARTÍCULOS ACADÉMICOS E INFORMES ESPECIALIZADOS:

#### **FICSOR, Mihály**

- *Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (BTAP): primera valoración del tercer “Tratado Internet” de la OMPI*, de 3 de julio de 2012 – versión original en inglés, disponible en <http://www.copyrightseesaw.net/>

#### **FRYE, Brian L.**

- *Copyright in Pantomime*, Agosto 2015, disponible en [http://works.bepress.com/brian\\_frye/2](http://works.bepress.com/brian_frye/2)

#### **INGSBURG, Jane C.**

- *Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Digital Networks* (Actualización de 2000), documento OMPI PIL/01/2, de 18 de diciembre de 2000 – disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo\\_pil\\_01/wipo\\_pil\\_01\\_2.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_pil_01/wipo_pil_01_2.doc)

#### **GOLDBERG, Julian**

- *The Current Term of Copyright Protection in the United Kingdom can be Justified*, disertación pronunciada en la Universidad de Kent (Reino Unido) el 29 de marzo de 2006 (disponible en <https://www.kent.ac.uk/law/ip/IPdissertations.htm> )

#### **KATENMEIER, R.**

- Informe del Comité Judicial del Congreso estadounidense, incluido en el Informe 4262 de la Cámara, de 6 de mayo de 1988, sobre la Ley de Implementación del Convenio de Berna.

#### **KERNOCHAN, John. M.**

- Intervención ante el Subcomité de Patentes, Derecho de Autor y Marcas de la Comisión Judicial del Senado estadounidense, 99º Legislatura, Sesiones 1ª-2ª, 427 (1985-86), sobre la adhesión de los EEUU al Convenio de Berna.

**LEHMAN, Bruce A.**

- *Intellectual Property and the National Information Infrastructure – The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*, Washington D.C., 1995 – disponible en <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/front.pdf>.

**LUCAS, André**

- *Aspects de Droit International Privé de la Protection d'Ouvres et d'Objets de Droits Connexes Transmis par Réseaux Numériques Mondiaux*, Documento OMPI GCPIC/1, de 25 de noviembre de 1998 –disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/fr/gcpic/gcpic\\_1.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/fr/gcpic/gcpic_1.pdf)

**MARTIN VILLAREJO, Abel**

- *Ámbito laboral e intelectual del actor. Transmisión y autorización de derechos intelectuales: las presunciones legales y las cláusulas contractuales*, Jornadas sobre Propiedad Intelectual, publicado por AISGE, Madrid, 1995.

**SCOTT, Hugh**

- Ponencia ante la Subcomisión de Patentes, Marcas y Copyright del Senado estadounidense (Congreso 94º, 1975).

**VARMER, Borge**

- *Copyright in Choreographic Works*, Estudio No. 28 (1959), elaborado para el Subcomité de Patentes, Marcas y Derechos de Autor del Comité Judicial del Senado estadounidense, con ocasión de los trabajos previos a la reforma del CA de 1976, y publicado por el Gobierno de los EEUU, Washington DC, 1961.

**VINCENT, Jean**

- *10 Music Contracts*, publicado por la UNESCO, París, 2009.

**VV.AA.**

- Informe final del Grupo de Trabajo ad hoc sobre la incorporación de los EEUU al Convenio de Berna -*Final Report of the Ad Hoc Working Group on U.S. Adherence to the Berne Convention*, reprinted in 10 Colum.], VLA, J.L. & ARTS 513 (1986).



- *Informe del Senado estadounidense sobre la Ley de implementación del Convenio de Berna, de 20 de mayo de 1988 (The Senate Report on the Berne Convention Implementation Act of 1988, May 20 [legislative day, May 18], 1988).*
- *U.S. Register of Copyrights, Report on Performance Rights in Sound Recordings, H.R. Doc. No. 15, 95th Cong., 2d Sess. 1063 (1978).*

## **DOCUMENTOS OMPI:**

- *¿Qué es la propiedad intelectual?*, publicación OMPI 450(S), Ginebra, 2011 – disponible en [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo\\_pub\\_450.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf).
- Propuesta Básica de disposiciones sustantivas del Tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas – documento OMPI CRNR/DC/5, de 30 de agosto de 1996, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/crn\\_r\\_dc/crn\\_r\\_dc\\_5.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/crn_r_dc/crn_r_dc_5.pdf)
- Actas Resumidas de la Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos (Comisión Principal I) -documento OMPI CRNR/DC/102, de 26 de agosto de 1997, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/crn\\_r\\_dc/crn\\_r\\_dc\\_102.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/es/crn_r_dc/crn_r_dc_102.pdf)
- Propuesta Básica de disposiciones sustantivas de un Instrumento sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales – documento OMPI IAVP/DC/3, de 1 de agosto de 2000, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_3.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_3.pdf)
- Actas Resumidas de la Conferencia Diplomática sobre la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (Comisión Principal I), Ginebra, 7 a 20 de diciembre de 2000 - Documento OMPI IAVP/DC/37, de 6 de marzo de 2002, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp\\_dc/iavp\\_dc\\_37.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/iavp_dc/iavp_dc_37.pdf)
- *Breve Reseña sobre el Concepto de la Gestión Colectiva de los Derechos de Autor y los Derechos Conexos*, Foro Nacional sobre los Derechos de Autor de los Artistas Plásticos y

Visuales y el Papel de las Sociedades de Gestión (10 a 14 de abril de 2004, celebrado en Cuenca, Guayaquil y Quito) – documento OMPI/CCM/EC/04/2.

- *Documento de información sobre las principales cuestiones y posiciones relativas a la protección de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales*, preparado por la Secretaría de la OMPI -Documento OMPI SCCR/19/9 Corr., de 30 de noviembre de 2009, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr\\_19/sccr\\_19\\_9.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_19/sccr_19_9.pdf)
- Memorando de la Secretaría, relativo a la Firma del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales – Documento OMPI AVP/DC/22, de 9 de julio de 2012, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/avp\\_dc/avp\\_dc\\_22.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/avp_dc/avp_dc_22.pdf)
- Acta Final de la Conferencia Diplomática de Beijing sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales –documento OMPI AVP/DC/21, de 26 de junio de 2012, disponible en [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/avp\\_dc/avp\\_dc\\_21.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/avp_dc/avp_dc_21.pdf)
- Agenda para el Desarrollo - *Las 45 recomendaciones adoptadas en el marco del Programa de la OMPI para el Desarrollo*, disponibles en <http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/es/agenda/recommendations.pdf>
- Archivos de la Conferencia de Estocolmo de 1967, documento S/1: *Convención de Berna; Propuestas para la revisión de las disposiciones sustantivas en materia de derecho de autor (Artículos 1-20)*, elaborado por el Gobierno de Suecia con la asistencia de la Unión de Oficinas Internacionales para la Protección de la Propiedad Intelectual (BIRPI).
- Actas de la Conferencia Diplomática de la Revisión de Estocolmo de 1967.

## **DOCUMENTOS UNESCO:**

- *Actas de la Conferencia Diplomática sobre la protección internacional de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión*, publicadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las

Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y las Oficinas Internacionales Reunidas de la Propiedad Intelectual (BIRPI), Brujas 1967.

- *Informe sobre la participación de la UNESCO en la preparación de un proyecto de acuerdo internacional para la protección de los intereses de los artistas ejecutantes, fabricantes de fonogramas y organismos de radiodifusión*, documento 9C/PRG/6, París, 28 de agosto de 1956, preparado para la Conferencia General de la UNESCO.
- Encuesta internacional sobre las estadísticas de largometrajes, llevada a cabo en 2012 por el Instituto de Estadística de la Unesco (UIS, por siglas inglesas), disponible en el sitio Web de la UNESCO - <http://www.uis.unesco.org/culture/Documents/IP14-2013-cinema-survey-analysis-es.pdf>
- *Indicadores de Cultura para el Desarrollo – Manual Metodológico*, publicado por la UNESCO, París, 2014, disponible en <http://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital-library/IUCD%20Manual%20Metodologico.pdf>

## **INSTITUCIONES EUROPEAS:**

- Libro Verde de la Comisión Europea sobre los Derechos de Autor y los Derechos Afines en la Sociedad de la Información [COM(95) 382 final], de 19 de julio de 1995, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:l24152&from=EN>
- Resolución del Parlamento Europeo de 9 de marzo de 1999, sobre la situación y el papel de los artistas en la Unión Europea [A4-0103/99, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1999-0103+0+DOC+XML+V0//ES#top>].
- Resolución del Parlamento Europeo de 7 de junio de 2007, sobre el estatuto social de los artistas [2006/2249(INI), disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2007-0236&language=ES&ring=A6-2007-0199>].

- Libro Verde de la Comisión Europea sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital [COM(2011) 427 final], de 13 de julio de 2011, disponible en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2011/audiovisual/green\\_paper\\_COM\\_2011\\_427\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/audiovisual/green_paper_COM_2011_427_es.pdf)
- Evaluación de impacto sobre la situación jurídica y económica de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas en la UE – SEC(2008)2287, de 16 de julio de 2008, de la Comisión Europea, y que acompañó a su propuesta de reforma de la Directiva 2006/116/EC sobre el plazo de protección de los derechos de autor, disponible en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/term/ia\\_term\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/term/ia_term_en.pdf)
- Primer borrador de informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo sobre la propuesta de modificación de la Directiva 2006/116/CE presentada por la Comisión Europea [procedimiento 2008/0157(COD), de 22 de octubre de 2010, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/197285>].
- *Una Agenda Digital para Europa* -Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – COM(2010)245 final, de 19 de mayo de 2010, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:es:PDF>
- *Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible, inteligente e integrador* -Comunicación de la Comisión COM(2010)2020, de 3 de marzo de 2010 – disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:ES:PDF>
- Resolución del Parlamento Europeo de 11 de septiembre de 2012, sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la UE [2011/2313(INI), disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0324+0+DOC+XML+V0//ES>].

## OTRAS PUBLICACIONES:

- *Anuario de estadísticas culturales 2014*, elaborado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación Cultura y Deporte –disponible en [http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/naec/2014/Anuario\\_de\\_estadisticas\\_culturales\\_2014.pdf](http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/cultura/mc/naec/2014/Anuario_de_estadisticas_culturales_2014.pdf)
- *Boletín Informativo del Cine – Producción cinematográfica española 2014*, elaborado por el Instituto de la Cinematográfica y las Artes Audiovisuales (ICAA), disponible en <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/dms/mecd/cultura-mecd/areas-cultura/cine/mc/bic/ano-2014/produccion-espanola/10-Costes-Produccion.pdf>
- *Informe Económico de las Telecomunicaciones del Sector Audiovisual 2014*, elaborado por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), disponible en <http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Telecomunicaciones/Informes/Informes%20Anuales/2014/Informe%20Telecomunicaciones%20CNMC%202014.pdf>
- *Análisis Televisivo 2014*, de Barlovento Comunicación, disponible en <http://www.barloventocomunicacion.es/images/publicaciones/analisis-televisivo-2014-Barlovento.pdf>
- *La imagen del cine español en la sociedad española*, encuesta de opinión elaborada por METROSCOPIA en 2009, por encargo de Fundación AISGE y EGEDA.
- Informe de COMPASS LEXECON, de febrero de 2012, elaborado a solicitud de AEPO-ARTIS, GESAC, IFPI, SAA, IMPALA y EUROCOPYA, sobre el impacto de la copia privada en el sector cultural, en "respuesta" al informe de OXERA, de abril de 2011, encargado previamente por NOKIA, disponible en [http://www.aepo-artis.org/pages/156\\_1.html](http://www.aepo-artis.org/pages/156_1.html)
- *Estudio y diagnóstico sobre la situación socio-laboral de actores y bailarines en España*, elaborado por Colectivo IOÉ, una empresa especializada en estudios sociológicos, bajo la supervisión del área asistencial de la Fundación AISGE y publicado en 2014 por la Fundación AISGE.
- Memoria institucional AISGE 2014, publicada por AISGE y Fundación AISGE, disponible en <http://www.aisge.es/media/multimedia/ficheros/475.pdf>
- Circular 38A de la Oficina estadounidense de Derecho de Autor (*Copyright Office*), versión de enero de 2014, disponible en <http://www.copyright.gov/circs/circ38a.pdf>

- Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 25 de julio de 2013, *al Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, disponible en <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/COMISIÓN%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/DOCUMENTOSCGPJ/20130729%20Infome%20L.P.I%20%20y%20L.E.C..pdf>
- Convenios colectivos SAG-AFTRA: Acuerdo Básico Codificado de 2005 (*2005 Screen Actors Guild Codified Basic Agreement*) y Acuerdo de 2009, sobre obras cinematográficas y contratos de televisión (*2009 Screen Actors Guild Theatrical Motion Pictures and Television Contract*).

## ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS:

**FERNÁNDEZ-SANTOS, Ángel**, *Los que dan la cara*, artículo publicado en el diario El País el 22 de noviembre de 1998.

**ÁLVAREZ MONZONCILLO, José María y LÓPEZ VILLANUEVA, Javier**, *La producción en España: un cambio de ciclo*, ZER Revista de Estudios de Comunicación, núm. 7, vol. 4, diciembre 1999.

**HERBERA, Juan**, *Algo más que vender palomitas*, artículo publicado en el blog de RTVE el 29 de febrero de 2012.

**ARROYO, Miguel**, *Derechos deportivos, la gran ruina televisiva*, artículo publicado en Estrella Digital el 28 de noviembre de 2013.

**BENÍTEZ PONT, Jordi**, *Lo que cuesta la “tele”*, artículo publicado en la revista Capital, Madrid, enero 2014.

**MARCOS GUILLAMAS, Natalia**, *¿Realmente ha muerto? Las teorías sobre el final de “Juego de Tronos”*, artículo publicado en el diario El País el 17 de junio de 2015

**ZUMBERGE, Marianne**, *“Game of Thrones”: Jon Snow Alive? Kit Harington Spotted on Set*, artículo publicado en la revista VARIETY el 26 de septiembre de 2015.

# **RESOLUCIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS UTILIZADAS**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala 1ª**

STS de 11 de julio de 1985.  
STS de 18 de enero de 1990.  
STS de 2 de marzo de 1992.  
STS de 26 de octubre de 1992.  
STS de 2 de diciembre de 1993.  
STS de 24 de mayo de 1994.  
STS de 10 de noviembre de 1994.  
STS de 28 de enero de 1995.  
STS de 15 de febrero de 1995.  
STS de 12 de mayo de 1995.  
STS de 29 de marzo de 1996.  
STS de 10 de febrero de 1997.  
STS de 15 de diciembre de 1998.  
STS de 18 febrero de 1999.  
STS de 20 de abril de 2001.  
STS de 4 diciembre de 2001.  
STS de 12 de diciembre de 2001.  
STS de 24 de diciembre de 2003.  
STS de 24 de junio de 2004.  
STS de 20 de julio de 2004.  
STS de 19 de mayo de 2005.  
STS de 29 de noviembre de 2006.  
STS de 8 de junio de 2007.  
STS de 15 de enero de 2008.  
STS de 25 de febrero de 2008.  
STS de 10 de julio de 2008.  
STS de 22 de julio de 2008.  
STS de 10 de septiembre de 2008.  
STS de 25 de septiembre de 2008.

STS de 14 de noviembre de 2008.  
STS de 21 de noviembre de 2008.  
STS de 22 de diciembre de 2008.  
STS de 22 de enero de 2009.  
STS de 18 de febrero de 2009.  
STS de 7 de abril de 2009.  
STS de 15 de septiembre de 2010.  
STS de 23 de marzo de 2011.  
STS de 5 de abril de 2011.  
STS de 2 junio de 2010.  
STS de 24 de noviembre de 2010  
STS de 13 de diciembre de 2010.  
STS de 27 de septiembre de 2012.  
STS de 22 de octubre de 2014.  
STS de 10 de diciembre de 2014.  
STS de 12 de diciembre de 2014.

### **Sala 3ª**

STS de 19 de marzo de 2013.

## **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

STC de 25 de abril de 1994.  
STC de 27 noviembre de 2000.  
STC de 30 de enero de 2003.  
STC de 28 de septiembre de 2009.  
STC de 29 de noviembre de 2010.  
STC de 26 de marzo de 2011.

## **AUDIENCIA NACIONAL**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 15 de marzo de 2001.



## **AUDIENCIAS PROVINCIALES**

SAP Sevilla de 14 de enero de 1994.

SAP Palma de Mallorca de 14 de febrero de 1994.

SAP Burgos de 14 de marzo de 1994.

SAP Córdoba de 14 de septiembre de 1994.

SAP Asturias de 9 de noviembre de 1994.

SAP Toledo de 23 de febrero de 1995.

SAP Zaragoza (Sección 5ª), de 2 de diciembre de 1998.

SAP Salamanca, penal, de 23 de marzo de 2000.

SAP Madrid (Sección 1ª, penal), de 27 de junio de 2001.

SAP Madrid (Sección 11ª), de 18 de marzo de 2002.

SAP Madrid (Sección 13ª), de 11 de septiembre de 2002.

SAP Barcelona (Sección 15ª), de 31 de octubre de 2002.

SAP Madrid (Sección 13ª), de 21 de marzo de 2003.

SAP Madrid (Sección 14ª), de 28 de octubre de 2003.

SAP Madrid (Sección 12ª Bis), de 12 de noviembre de 2003.

SAP Barcelona (Sección 15ª), de 23 diciembre de 2003.

SAP Madrid (Sección 25ª), de 3 de marzo de 2004.

SAP Madrid (Sección 14ª), de 13 de abril de 2004.

SAP Madrid (Sección 13ª), de 11 de junio de 2004.

SAP Madrid (Sección 25ª), de 21 de julio de 2005.

SAP Madrid (Sección 13ª), de 28 diciembre de 2005.

SAP Madrid (Sección 14ª), de 6 de febrero de 2006.

SAP Madrid (Sección 21ª Bis), de 28 de febrero de 2006.

SAP Madrid (Sección 9ª Bis), de 20 de junio de 2006.

SAP Barcelona (sección 14ª), de 10 de enero de 2008

SAP Barcelona (Sección 15ª), de 17 de septiembre de 2008.

Auto AP Madrid (Sección 6ª), núm. 39/2010, de 21 enero de 2010.

SAP Madrid (Sección 28ª), de 8 de octubre de 2010.

SAP Madrid (Sección 28ª), de 11 de marzo de 2011.

SAP Madrid (Sección 28ª), de 17 de marzo de 2011.

SAP Zaragoza (Sección 5ª), de 19 de mayo de 2011.

SAP Barcelona (Sección 15ª), de 9 de junio de 2011.

SAP Barcelona (Sección 15ª), de 11 de marzo de 2013.

SAP Barcelona (Sección 15ª), de 24 de julio de 2013.

## **JUZGADOS DE LO MERCANTIL**

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid, de 8 de marzo de 2010

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, de 6 de mayo de 2010

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Córdoba, de 25 de junio de 2012

## **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

### **Tribunal de Defensa de la Competencia**

Resolución de 27 de julio de 2000 (Expediente 465/99 *Propiedad Intelectual Audiovisual*)

Resolución de 14 de diciembre de 1998 (Onda Ramblas/AGEDI, expediente 430/98)

### **Comisión Nacional de Competencia**

Resolución de 23 de marzo de 2011 (asunto S/0156/09, AISGE – operadores TV)

Resolución de 2 de marzo de 2012 (expediente S/0157/09, EGEDA/hoteles)

Resolución de 19 de diciembre de 2011 (asunto S70208/09, AISGE – CINES)

### **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**

Resolución de 6 de diciembre de 2014 (expediente S/0460/13, SGAE-CONCIERTOS).

## **UNIÓN EUROPEA**

### **Tribunal de Justicia de la UE**

Sentencia de 5 de febrero de 1963 (Asunto 26-62, NV Algemene Transport).

Sentencia de 27 de marzo de 1963 (Asunto C-28/62, Da Costa en Schaake).

Sentencia de 15 de julio de 1964 (Asunto C-6/64, Costa/ENEL).

Sentencia de 1 de febrero de 1977 (Asunto 51/76, Verbond van Nederlandse Ondernemingen).

Sentencia de 15 de enero de 1986 (Asunto 44/84, Hurd/Jones),

Sentencia de 26 de febrero de 1986 (Asunto 152/84, Marshall).

Sentencia, de 13 de julio de 1989 (asunto 395/87, Asunto Tournier).

Sentencia de 13 de noviembre de 1990 (Asunto C-106-/89, Marleasing).

Sentencia de 20 de octubre de 1993 (Asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92, Phil Collins).

Sentencia de 24 de octubre de 1996 (Asunto C-72/95, Kraaijeveld y otros).

Sentencia de 6 de febrero de 2003 (asunto C- 245/00, SENA).

Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Asunto C-127/02, Waddenvereniging).

Sentencia de 14 de julio de 2005 (Asunto C-192/04, Lagardère Active Broadcast).  
Sentencia de 26 de octubre de 2006 (Asunto C-36/05, Comisión/España).  
Sentencia de 7 de diciembre de 2006 (Asunto C-306/05, SGAE/Rafael Hoteles).  
Sentencia de 17 de abril de 2008 (Asunto C-456/06, Peek & Cloppenburg).  
Sentencia de 21 de octubre de 2010 (Asunto C-467/08, Padawan).  
Sentencia de 16 de junio de 2011 (Asunto C-462/09, Stichting de Thuis kopie).  
Sentencia de 27 de junio de 2013 (Asuntos acumulados C-457/11 a C-460/11, VG Wort).  
Sentencia de 11 de julio de 2013 (Asunto C-521/11, Amazon).  
Sentencia de 10 de abril de 2014 (Asunto C-435/12, ACI Adam).

## **FRANCIA**

### **Tribunal de Gran Instancia de París**

Sentencia de 11 de julio de 1977, D. 1977, Jur. 700.

## **ALEMANIA**

### **Tribunal Superior regional (*Oberlandesgericht*)**

Sentencia de 7 de agosto de 1958.

## **ESTADOS UNIDOS**

### **Tribunal Supremo (Federal)**

Burrow-Giles Lithographic Co. vs. Sarony, 111 U.S. 53, 4 S.Ct. 279, 28 L.Ed. 349 (1884).  
Kalem Co. vs. Harper Bros., 222 U.S. 55 (1911).  
Goldstein vs. California, 412 US 546 (1973).  
Community for Creative Non-Violence vs. Reid, 490 U.S. 737 (1989).  
Dastar Corp. vs. Twentieth Century Fox Film Corp., 539 U.S. 23 (2003).  
*Zacchini vs. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977).

### **Tribunales Supremos (Estatat)**

#### **Nueva York**

Manola vs. Stevens, N.Y. Sup. Ct. (1890).  
Mackenzie vs. Soden Mineral Springs Co., 27 Abb. N. Cas. 402, 18 N.Y.S. 240 (Sup. Ct. 1891).

Marks vs. Jaffa, 6 Misc. 290, 26 N.Y.S. 908 (Super. Ct. N.Y. City 1893).

### **California**

Lugosi vs. Universal Pictures, 25 Cal. 3rd 813 (1979).

### **Pensilvania**

Waring vs. WDAS Broadcasting Station, 194A. 631 (Pa. 1937).

### **Georgia**

Pavesich vs. New England Life Insurance Co., 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905).

## **Segundo Circuito de apelaciones**

Haelan Laboratories, Inc. vs. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

Records Inc. vs. Mercury Records Corp., 221 F.2d 657 (2d Cir. 1955).

Brattleboro Publishing Co. vs. Winmill Publishing Corp., 369 F.2d 565 (2d Cir. 1966)

Gilliam vs. American Broadcasting Cos. 538 F.2d 14 (2d Cir. 1976).

## **Quinto Circuito de apelaciones**

Easter Seal vs. Playboy Enterprises, 815 F.2d 323 (5th Cir. 1987).

## **Séptimo Circuito de apelaciones**

*Toney vs. L'Oreal USA, Inc.*, 384 F.3d 486 (7th Cir. 2004),

## **Noveno Circuito de Apelaciones**

Self-Realization Fellowship Church vs. Ananda Church of Self-Realization, 206 F.3d 1322 (9th Cir. 2000).

Silvers vs. Sony Pictures Entertainment, 402 F.3d 881 (9th Cir. 2005).

Paul Smith vs. Edward L. Montoro and Film Ventures International, Inc., 648 F.2d. 602 (9th Cir. 1981).

*Midler vs. Ford Motor Co.*, 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988).

*Waits vs. Frito-Lay, Inc.*, 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992).

*White vs. Samsung Electronics America, Inc.*, 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992).

*Laws vs. Sony Music Entertainment Inc.*, 448 F.3d 1134 (9th Cir. 2006).

*Hoffman vs. Capital Cities/ABC, Inc.* 255 F.3d 1180 (9th Cir. 2001).

## **Tribunales de apelación**

### **Nueva York**

Schuyler vs. Curtis, 147 N.Y. 434, 42 N.E. 22 (1895).

*Roberson vs. Rochester Folding Box Co.*, 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (1902)

### **California**

Fairfield vs. American Photocopy Equip. Co., 138 Cal. App. 2d 82, 291 P.2d 194 (1955).

*Fleet vs. CBS, Inc.*, 50 Cal. App. 4th 1911 (1996).

### **Tribunales de Distrito**

#### **Nueva Jersey**

*City of Newark vs. Beasley*, 883 F.Supp. 3 (D.N.J. 1995).

#### **Distrito de Columbia**

*Roeslin vs. District of Columbia*, 921 F. Supp. 793 (D.D.C. 1995).

#### **Distrito Este de Michigan**

*Quinn vs. City of Detroit*, 988 F. Supp. 1044 (E.D. Mich. 1997).

#### **Distrito Central de California**

*Motown Record Corp. vs. Hormel & Co.*, 657 F. Supp. 1236 (C.D. Cal. 1987).

#### **Distrito Sur de Nueva York**

*Fuller vs. Bemis*, 50 Fed. 926 (C.C.S.D.N.Y. 1892).

#### **Massachusetts**

*Corliss vs. E.W.Walker Co.*, 64 Fed. 280 (D. Mass. 1894).

## **COMUNIDAD ANDINA**

### **Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**

Sentencia de 25 de noviembre de 1998 (Proceso 22-IP-98)

## **COLOMBIA**

### **Corte Constitucional**

Sentencia C-155, de 28 de abril de 1998

Sentencia C-265, de 2 de junio de 1994,

Sentencia C-276, de 20 de junio de 1996

Sentencia C-792, de 17 de septiembre de 2002

Sentencia C-833, de 10 de octubre de 2007.

## **PERÚ**

### **Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual**

Interpretación Prejudicial del 17 de marzo de 2004 (proceso 139-IP- 2003)

## **AUSTRALIA**

### **Tribunal Federal**

*Hogan vs. Koala Dundee Pty. Ltd.* (1988) 20 FCR 314.